Die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis

Eine Untersuchung des § 1359 BGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Otto Tatzel
aus Saitz

~~1970~~
1969

Industrie-Druck Geislingen

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543901_0027

Die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis

Eine Untersuchung des § 1359 BGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Otto Tatzel
aus Saitz

1970

Industrie-Druck Geislingen

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Otto Bachof
1. Berichterstatter: Professor Dr. Joachim Gernhuber
2. Berichterstatter: Professor Dr. Hermann Lange

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1969

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis V
Abkürzungen XVI

Vorbemerkung 1

1. Abschnitt 4
Die Abgrenzung des ehelichen Pflichtenkreises und das Verhältnis zu den allgemeinen Pflichtensituationen als Hauptprobleme des § 1359 BGB

I. Verkehrsunfälle mit Beteiligung Dritter und Forderungsübergang kraft Gesetzes als Ausgangspunkte der Diskussion 4

1. Allgemeines 4
2. Die sog. Drittschädigerfälle 5
3. Die Fälle gesetzl. Forderungsübergangs 7
4. Allgemeine Fragestellung 9

II. Umfang des ehelichen Pflichtenkreises Meinungsstand 11

1. Allgemeines 11
2. Literatur 12
3. Rechtsprechung 16

III. Das Verhältnis von ehelicher und allgemeiner Pflichtensituation - Meinungsstand 20

1. Das Zusammentreffen von spez. Pflicht und allg. Pflicht als Konkurrenzproblem 20
2. Einschränkung des ehelichen Pflichtenkreises 25

IV. Horizontaler und vertikaler Wirkungsbereich des § 1359 BGB 26

1. Überlagerung von ehelicher und allgemeiner Pflichtenebene 26
2. Bestimmung des ehelichen Verhältnisses nur durch den horizontalen Bereich 28
3. Allg. Verkehrspflichten und Haftungsprivileg als Problem der vertikalen Komponente 31

2. Abschnitt 34
§ 1359 BGB und allgemeine Verkehrspflichten
Eine Frage der Qualifizierung und Einordnung der diligentia quam in suis

I. Die Behandlung des Problems in den haftungsrechtlichen Parallelvorschriften 34

II. Die Auffassung des BGB-Gesetzgebers 39

III. Die Stellung der diligentia quam in suis im Fahrlässigkeitsbereich 41

1. Die Bedeutung der dil. quam in suis im röm. Recht 42
2. Die dil. quam in suis im BGB - ein Parallelbegriff zur leichten Fahrlässigkeit 47

IV. Die dil. quam in suis im Gesamttatbestand 58

1. Ausgangsposition 58
2. Unrechts- und Schuldmerkmal 60

V. Modifikation der allgemeinen Sorgfaltspflichten im Bereich des ehel. Pflichtenkreises 67

1. Lösung des Konkurrenzproblems auf der Rechtswidrigkeitsebene 67
2. Modifizierende Wirkung auch bei vertraglichen Beziehungen 71
3. Überprüfung des Ergebnisses 73

3. Abschnitt 77
Bestimmung des ehelichen Pflichtenverhältnisses

I. Das eheliche Verhältnis als alleiniges Kriterium für die Bestimmung des Pflichtenkreises 78

II. Keine Beschränkung auf vermögensrechtliche Beziehungen 83

1. Keine starre Festlegung des ehelichen Pflichtenkreises durch den Gesetzgeber 83
2. Die als tragend angesehenen Gesichtspunkte für die Einführung des Haftungsprivilegs 86

III. § 1359 BGB als gesetzlich normierte Ausprägung der ehelichen Generalklausel 92

1. Die ehel. Generalklausel 92
   a. Allg. Grundsätze 92
   b. Schrankenfunktion 94
   c. Regulativfunktion 95

2. Schematisierung der Regulativfunktion in § 1359 BGB 96

IV. Abgrenzung zum Kern- und Randbereich der Ehe 100

1. Die ehel. Lebensgemeinschaft als der weitere Begriff 100
2. Die ehel. Treue als situationsunabhängige und daher dem § 1359 BGB entzogene Pflicht 102
3. Abgrenzungskriterien im Randbereich 103
4. Einzelabgrenzung 107

4. Abschnitt 112
Randprobleme, Ausblick

I. Die Behandlung der Drittschädigerfälle 112

II. Versicherungsrechtliche Aspekte 115

III. Ausblick 116

Literaturverzeichnis

Alebrand, Heinrich	Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gemäß § 1353 Abs. 1 BGB. FamRZ 1955, 348
Baur, Fritz	Der Beseitungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160, 465
Beitzke, Günther	Familienrecht. 14. Aufl., München und Berlin 1968
Böhmer, Emil	Haftungsverzicht der vom Ehemann im Kraftwagen mitgenommenen Ehefrau? MDR 1959, 816
Böhmer, Emil	Zur Haftungsbeschränkung bei Gemeinschaften. NJW 1959, 1713
Böhmer, Emil	Anmerkung zu BGH Urt. v. 17.5.1960 VersR 1960, 943
Böhmer, Emil	Zur Frage der Anwendung des § 1359 BGB bei KFZ-Unfällen. MDR 1963, 885
Böhmer, Emil	§ 1359 BGB ist bei Kraftfahrzeugunfällen nicht anzuwenden. MDR 1965, 712
Böhmer, Emil	Die zivil- und strafgerichtliche Rechtsprechung zum Verkehrsrecht. JZ 1968, 97
Braga, S.	Besprechung von: Wolfgang Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse. FamRZ 1960, 456

Buchner, Herbert	Die Beurteilung des Verschuldens im Bürgerlichen Recht. NJW 1967, 2381
von Caemmerer, Ernst	Wandlungen des Deliktsrechts in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages. Bd. II, S. 49, Karlsruhe 1960
Carl	Anmerkung zum Urt. OLG Naumburg v. 29.3.1938. JW 1938, 2357
Clauss, Karl	Die Familie im Haftpflicht- und Versicherungsrecht. FamRZ 1959, 41
Crome, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Re Bd. IV, Tübingen 1908
Deutsch, Erwin	Fahrlässigkeit und erforderliche Sor falt. Köln-Berlin-Bonn-München 1963
Deutsch, Erwin	Abschied von der culpa in concreto? JuS 1967, 496
Dietz, Rolf	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsver- letzung und Delikt. Bonn und Köln 19
Dölle, Hans	Familienrecht. Bd. I, Karlsruhe 196 Bd. II, Karlsruhe 196
Döpp, Wolfgang	Die diligentia quam in suis bei Schä gungen im Straßenverkehr. JR 1969, 1
Eichler, Hermann	Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Re AcP 162, 401

Endemann, F.	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8/9. Aufl., Berlin 1903 Bd. II, Abt. 2, 8/9. Aufl., Berlin 1908
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearb., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Teil, 15. Aufl., Tübingen 1959 Bd. I, 2. Teil, 15. Aufl., Tübingen 1960
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1, 2, 4. Aufl. Münster 1967
Esser, Josef	Schuldrecht. Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1968 Schuldrecht. Bd.II, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969
Fabricius, Fritz	Die Zweckbindung des Wirtschaftsgeldes (§ 1360 a II 2 BGB) als Grundlage einer sozialrechtlichen Deutung des § 1357 BGB. FamRZ 1963, 112
Fikentscher, Wolfgang	Das Schuldrecht. Berlin 1965
Gernhuber, Joachim	Die Mitarbeit des Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung. FamRZ 1958, 243
Gernhuber, Joachim	Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft. FamRZ 1959, 465
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts. München und Berlin 1964

von Hagen, Wilhelm	Die sog. culpa in concreto nach bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Jena; Berlin 1
Hanisch, Hans	Ehewohnungsprobleme getrennt lebender Ehegatten. NJW 1963, 1033
Hasse, Johann Chr.	Die culpa des römischen Rechts. 2. Aufl. von Bethmann-Hollweg, Bonn 1838
Hauss, Fritz	Anmerkung zu BGH LM § 426 Nr. 17
Hauss, Fritz	Der Haftpflichtschutz des Kraftfahrzeuginsassen. Festschrift für Philipp Möhring. München und Berlin 1965, S. 34
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 192
Hesse, Chr. A.	Zur Lehre von dolus und culpa. AcP 61 (1878), 203
Henkel, Heinrich	Recht und Individualität. Berlin 1958
Hoffmann, Hans-J.	Die Fragwürdigkeit der Haftung für diligentia quam in suis. NJW 1967, 1207
Hoffmann, Hans-J.	Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Berlin 1968
Hörle	Über die persönlichen und vermögensrechlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353 bis 1361 BGB. Arch.BürgR 31,113
Hueck, Alfred	Das Recht der OHG. 3. Aufl., Berlin 196

Hübner, Heinz	Eheschließung und allgemeine Wirkungen der Ehe als dogmatisches Problem. FamRZ 1962, 1
Joerges, Rudolf	Die eheliche Lebensgemeinschaft. Halle 1912
Kaser, Max	Römisches Privatrecht. 5. Aufl., München und Berlin 1966
Kötz, Hein	Zum Haftungsprivileg des Ehegatten im Straßenverkehr. NJW 1967, 1213
Kremer, B.	Der Besitz der Ehegatten an der ehelichen Wohnung und an den gemeinsam benutzten Hausratsgegenständen. FamRZ 1954, 286
Krüger-Breetzke-Nowack	Gleichberechtigungsgesetz. München und Berlin 1958
Keuk, Brigitte	Die Solidarhaftung der Nebentäter. AcP 168, 175
Larenz, Karl	Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Leipzig 1927
Larenz, Karl	Über Fahrlässigkeitsmaßstäbe im Zivilrecht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg. Graz 1965
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München 1967
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. I, II, 9. Aufl., München 1968

Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New Yo 1969
Lehmann-Henrich	Deutsches Familienrecht. 4. Aufl., Berlin 1967
Magis, Norbert	Schadensersatz- und Unterlassungsan- spruch bei Verletzung der ehelichen Treue. Diss. Bonn, 1935
Medicus, Dieter	Haftungsbefreiung und Gesamtschuldne ausgleich. JZ 1967, 398
Mitteis, Ludwig	Römisches Privatrecht. 1. Bd., Leipzig 1908
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen G setzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse Bd. IV, Familienrecht, Berlin und Leipzig 1888
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Brüger- lichen Gesetzbuch für das Deutsche R IV. Bd., Familienrecht, Berlin 1899
Müller-Erzbach, Rudolf	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung AcP 106, 309
Müller-Freienfels, Wolfram	Ehe und Recht. Tübingen 1962
Müller-Freienfels, Wolfram	Eranion für Maridakis II. Die Gesellschaft zwischen Ehegatten. Athen 1963

Müller-Freienfels, Wolfram	Der Ausgleich für Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des Ehepartners. Festschrift für Nipperdey, Bd. I, München und Berlin 1965
von Mutzenbecher, Kurt	Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto. Diss. Erlangen, Berlin 1896
Nikisch, Arthur	Die Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß. AcP 154, 269
Nipperdey, Hans-Carl	Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht. NJW 1957, 1777
Oertmann, Paul	Recht der Schuldverhältnisse. Bd. I, 5. Aufl., Berlin 1928
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 28. Aufl., München und Berlin 1969
Pernice, Alfred	Marcus Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht. Bd. II, Halle 1878
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Bd., 1. Hälfte. Familienrecht (§§ 1297 - 1588), 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928
Planitz, Hans	Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 2. Aufl., Berlin 1931
Prölss, Jürgen	Haftungsausschluß und Schadensausgleich. JuS 1966, 400

Protokolle	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898 Bd. IV, Familienrecht, Berlin 1897
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 2. Teil, §§ 241 - 432, 11. Aufl., Berlin 1960 Bd.II, 2. Teil, §§ 705 - 853, 11. Aufl., Berlin 1960 Bd.IV, 1. Teil, §§ 1297 - 1588, 10/11. Aufl., Berlin 1960 Bd.IV, 2. Teil, §§ 1588 - 1921, 10/11. Aufl., Berlin 1964
Rocholl, C.	Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900
Roloff, Hans Werner	Zur Übergangsfähigkeit der Leistungen der Sozialversicherungsträger an die berufstätige Ehefrau. VersR 1964, 703
Rother, Werner	Haftungsbeschränkung im Schadensrecht München und Berlin 1965
Rümelin, Max	Das Verschulden im Straf- und Zivilre Tübingen 1909
Sander, Eugen	Ein Beitrag zur Lehre von der diliger quam in suis. Diss. Erlangen, Berlin
Scheuerle, Wilhelm A.	Das Wesen des Wesens. AcP 163, 429

Schwarzhaupt, Elisabeth	Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen. FamRZ 1957, 33
Soergel-Siebert	Kommentar zum Brügerlichen Gesetzbuch. Bd. 2, Schuldrecht I, §§ 241 - 610, 10. Aufl., Stuttgart 1967 Bd. II, §§ 433 - 853, 9. Aufl., Stuttgart 1962 Bd. IV, Familienrecht, §§ 1297 - 1921, 9. Aufl., Stuttgart 1963
von Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, Teil 2, §§ 241 - 432, 11. Aufl., Berlin 1960 Bd.II, Teil 1 a, §§ 241, 243 - 248, 11. Aufl., Berlin 1967 Bd.II, Teil 1 c, §§ 249 - 327, 10/11. Aufl., Berlin 1967 Bd.IV, Teil 1, 10/11. Aufl., Berlin 1964 Bd.IV, Teil 3 a, §§ 1589 - 1698 b, 10/11. Aufl., Berlin 1966
Steingass, Helga	Der Einfluß gesetzlicher Haftungsbeschränkungen auf § 823 Abs. 1 BGB. VersR 1965, 550
Stoll, Hans	Das Handeln auf eigene Gefahr. Berlin, Tübingen 1961
Stoll, Hans	Anmerkung zu BGHZ 35, 317. FamRZ 1962, 64
Strupp, Karl	Schadensersatz wegen Ehebruchs, Eheverlassung und in ähnlichen Fällen. Diss. Heidelberg, Gotha 1910

Thibaut, A.	Über die Verzinsung illiquider Schuld AcP 9, 88
Treitschke, Georg Karl	Die Lehre von der unbeschränkt obliga torischen Gewerbegesellschaft und der Commanditur. 2. Aufl., Leipzig 1844
von Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bür lichen Rechts. II. Bd., 2. Hälfte, München und Leipz 1918
Weimar, Wilhelm	Haftungsbeschränkung und Haftungsver- zicht unter Ehegatten in ihrer Auswir kung auf mithaftende Gesamtschuldner. MDR 1959, 177
Weimar, Wilhelm	Zum stillschweigenden Haftungsverzich bei Autofahrten. MDR 1960, 101
Welzel, Hans	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Karlsruhe 1961
Wendt	Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt AcP 87, 422
Weyl, Richard	System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche. München 190
Weitnauer, Hermann	Zum Schutz der absoluten Rechte. Karlsruher Forum 1961, 28 ff. (Beiheft zum Versicherungsrecht)
Weitnauer, Hermann	Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit i Zivilrecht. VersR 1963, 992

Wiethölter, Rudolf	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Karlsruhe 1960
Wilburg, Walter	Die Elemente des Schadensrechts. Marburg 1941
Wilts, Walter	§ 1359 BGB und das Deliktsrecht. VersR 1964, 455
Wilts, Walter	Zum Anwendungsbereich der §§ 1664, 1359 BGB. VersR 1967, 105
Wussow, Werner	Unfallhaftpflichtrecht. 9. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1967
Zeuner, Albrecht	Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht. JZ 1961, 41

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staate
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
D	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
h. L.	herrschende Lehre
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhrung, Nachschlagewerk des BGH
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsacher
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsacher
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Ge
VersR	Versicherungsrecht

Vorbemerkung

Ein im heutigen Verkehrsalltag häufig vorkommendes Ereignis - die durch leicht fahrlässiges Verhalten des das Kraftfahrzeug lenkenden Ehegatten verursachte oder mitverursachte Körperverletzung des als Beifahrer mitfahrenden Ehepartners - konfrontierte die Rechtsprechung in jüngster Zeit in zunehmendem Maße mit § 1359 BGB. Nach dieser Vorschrift haben Ehegatten bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Für grob fahrlässiges Verhalten wird jedoch immer gehaftet (§ 277 BGB).

Zusammen mit der in § 708 BGB niedergelegten und ebenfalls bei gemeinsamen Fahrten im Kraftfahrzeug akut werdenden Haftungsbeschränkung zwischen Gesellschaftern rückte mit der diligentia quam in suis[1] eine Rechtsfigur in den Blickpunkt des Interesses, deren fehlende Untersuchung schon Weyl[2] im Jahre 1905 bemängelte und von der Rother[3] noch im Jahre 1965 bemerken konnte, daß sich die diese Rechtsfigur betreffenden Stellen in Lehrbüchern und Kommentaren "in einem seltsamen Zustand der Verlassenheit befinden".

Lediglich drei um die Jahrhundertwende erschienene Disserta-

---

1) Vollständig: diligentia quam in suis rebus adhibere solet" oder "culpa in concreto". Vgl. hierzu näher Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 285. Die Begriffe wie "diligentia in concreto" (Thibaut, Über die Verzinsung illiquider Schulden, AcP 9, S. 88 ff.) und "negligentia quam in suis" (Weyl, a.a.O.) sind nicht mehr gebräuchlich.

2) A.a.O., S. 283 FN 1.

3) Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 185.

tionen[4] beschäftigen sich monographisch mit der Allgemeinproblematik dieses besonderen Fahrlässigkeitsmaßstabes und erst in neuester Zeit findet das Rechtsinstitut - wenn auch nur als Teilproblem im Rahmen umfassender Abhandlungen - wieder einige Beachtung[5].

Liegt somit die grundsätzliche Betrachtungsweise im Argen, so hat sich doch anhand der gesetzlich geregelten Einzelfälle der diligentia quam in suis in Rechtsprechung und Literatur eine lebhafte Diskussion entwickelt. Von den fünf Fällen, in denen das Gesetz nur Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten verlangt - Verwahrung § 690 BGB; Gesellschaft § 708 BGB; Ehegattenhaftung § 1359 BGB; Elternhaftung § 1664 BGB und Haftung des Vorerben § 2131 BGB - sind es vor allem die §§ 708, 1359 BGB, die infolge der Unfallrechtsprechung im Mittelpunkt der Erörterungen stehen. Wiewohl einseitig auf das Verkehrsrecht beschränkt, zeigt diese Fallgruppe doch die Problematik des Anwendungsbereichs der fraglichen Normen im besonderen und der Rechtsfigur der diligentia quam in suis im allgemeinen auf.

Mit dieser Arbeit wird vor allem die Absicht verfolgt, die speziell den § 1359 BGB betreffenden Fragen zu untersuchen. Die sich hierbei ergebende Problemstellung gebietet auch eine eingehende Untersuchung der Struktur der diligentia quam in suis, ohne jedoch im Rahmen der gestellten Aufgabe auf sämt-

---

4) Von Mutzenbecher, Beiträge zu der Lehre von der culpa in concreto, Diss. Erlagen 1896; Sander, Ein Beitrag zu der Lehre von der diligentia quam in suis, Diss. Erlangen 1898, beide zum gemeinen Recht; von Hagen, Die sogenannte culpa in concreto, Diss. Jena 1901;

5) Vgl. etwa Rother, a.a.O., S. 185 ff.; Hoffmann, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte.

liche damit zusammenhängenden Fragen eingehen zu können. Die übrigen im BGB niedergelegten Einzelfälle der diligentia quam in suis finden insoweit Berücksichtigung, als die anstehenden Fragen dieselben sind, eine Gesamtschau zur Lösung der verschiedenen Probleme beitragen kann und deren Erörterung dem Verständnis der Rechtsfigur und damit auch der in § 1359 BGB niedergelegten Haftungsmilderung zwischen den Ehepartnern förderlich ist.

1. Abschnitt

Die Abgrenzung des ehelichen Pflichtenkreises und das Verhältnis zu den allgemeinen Pflichtensituationen als Hauptprobleme des § 1359

I. Verkehrsunfälle mit Beteiligung Dritter und Forderungsübergang kraft Gesetzes als Ausgangspunkte der Diskussion.

1. Allgemeines

Nach allgemeiner Ansicht kommt der Rechtsfigur der diligentia quam in suis lediglich haftungsbeschränkende Funktion zu. Ein besonders sorgfältiges und umsichtiges Verhalten findet nur bis zur Grenze der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Beachtung und führt zu keiner Haftungsverschärfung[1]. Die im gemeinen Recht gelegentlich vertretene gegenteilige Auffassung[2] ist angesichts des vom Gesetzgeber sowohl in der allgemeinen Vorschrift (§ 277 BGB) als auch den einschlägigen Gesetzesstellen verwendeten "nur" überholt.

Schadensersatzprozesse unmittelbar zwischen Ehegatten unter Berufung des einen Teils auf diese haftungsbeschränkende Funktion des § 1359 BGB sind äußerst selten[3]. In dem soweit ersichtlich einzigen Fall war die Ehe der Partner zur Zeit der

---

1) So u. a. schon von Hagen, a.a.O., S. 51/52; Endemann I, S. 644, FN 3; Weyl, a.a.O., S. 286; Hörle in ArchBürgR 31, 146; Enneccerus-Lehmann, S. 189/190; BGB-RGRK-Nastelski, § 277 Anm. 2; Erman, § 277 Anm. 2; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, § 277 Anm. 7; Staudinger-Werner, § 277 Anm. 1; Palandt-Danckelmann, § 277 Anm. 3;

2) Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von der Commanditur, S. 56;

3) Gernhuber, Familienrecht, S. 191; Hauss, Festschrift für Möhring, S. 356; Rother, a.a.O., S. 193; Wussow, Das Unfallhaftpflichtrecht, S. 577, RdZ 1380;

gerichtlichen Geltendmachung des Schadens bereits geschieden[4].

Bedeutung für die Praxis erlangt die Berufung auf das Haftungsprivileg erst, wenn nicht der geschädigte Ehegatte selbst, sondern ein Dritter, sei es aufgrund gesetzlichen Forderungsüberganges nach §§ 1542 RVO, 67 VVG oder infolge der Ausgleichsautomatik der §§ 426 BGB, 17 StVG, Ansprüche geltend macht[5].

2. Die sog. "Drittschädigerfälle".
Fragen des Schadensausgleichs nach §§ 426 BGB, 17 StVG tauchen auf, sofern neben den Ehegatten ein Dritter am Unfallgeschehen beteiligt ist. Die Problematik dieser "Drittschädigerfälle" wird anhand des der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.6.1961[6] zugrundeliegenden Sachverhalts besonders deutlich:

Der das Kraftfahrzeug führende Ehemann verursachte auf einem schienengleichen Bahnübergang infolge fahrlässigen Verhaltens einen Zusammenstoß mit einem Schienenfahrzeug der beklagten Bahn, wobei unter anderem die im Kraftfahrzeug als Beifahrerin mitfahrende Ehefrau des Fahrers Körperverletzungen erlitt.

Von den übrigen, in diesem Rahmen nicht weiter interessierenden Einzelheiten abgesehen, stellt sich die haftungsrechtliche Problematik wie folgt dar:

Da keine höhere Gewalt vorliegt, haftet die beklagte Bahn nach § 1 HaftpflichtG für den der Ehefrau entstandenen Schaden und sie wird es auch in der Mehrzahl der Fälle sein, die entweder vom Geschädigten selbst oder aufgrund einer Zession

---

4) OLG Bremen, VersR 1964, S. 644.
5) Vgl. die unter FN 3 Genannten.
6) BGHZ 35, 317 = LM § 426 Nr. 17 mit Anm. Hauss = FamRZ 1962, 60 mit Anmerkung Stoll;

von einem Versicherungsträger in Anspruch genommen wird.

Dem von der Bahn hierauf gemäß §§ 426 BGB, 17 StVG geltend gemachten Ausgleichsanspruch wird in aller Regel vom am Unfall mitbeteiligten Ehepartner oder dessen Rechtsnachfolgern die Haftungsbeschränkung nach § 1359 BGB entgegengehalten und wegen fehlender eigener Haftung jegliche Ausgleichsverpflichtung abgelehnt.

Die Bejahung der unbeschränkten Anwendung des § 1359 BGB in diesem Bereich verhindert das Entstehen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen den beiden Schadensverursachern mit der Folge, daß bei streng dogmatischer Durchführung die Bahn, die kein Schuldvorwurf trifft und die lediglich nach den Bestimmungen der Gefährdungshaftung in Anspruch genommen werden kann, den gesamten Schaden zu tragen hat, während der fahrlässig handelnde Ehegatte von jeder Ersatzpflicht befreit ist.

Ein derartiges Ergebnis vermeidet der Bundesgerichtshof, indem er dahingestellt sein läßt, inwieweit es sich bei der gemeinsamen Fahrt der Ehegatten um eine eheliche Verpflichtung handelt und § 1359 BGB auf diese Fallkonstellation überhaupt Anwendung finden kann[7]. Entscheidend sei, daß die Haftungsmilderung allenfalls im Innenverhältnis der Ehegatten gelten und eine Ausgleichspflicht Dritten gegenüber nicht beeinflussen könne[8].

Läßt sich der Bundesgerichtshof überwiegend von außerhalb des § 1359 BGB liegenden Gesichtspunkten, wie der als notwendig erachteten haftungsrechtlichen Gleichbehandlung im Straßenverkehr leiten[9], so sucht eine neuere Auffassung

---

7) BGH, a.a.O., S. 322.

8) BGH, a.a.O., S. 323 unter Hinweis auf BGHZ 12, 213, wo entschieden wurde, daß eine vertragliche Abrede über eine Haftungsfreistellung zwischen Fahrer und Fahrgast dem Zweitschädiger nicht entgegengehalten werden könne.

9) BGH, a.a.O., S. 324.

die Drittschädigerfälle mittels Kürzung des dem geschädigten Ehegatten zustehenden Ersatzanspruchs um den Verursachungsbeitrag des Partners zu lösen[10].

Sowohl der Bundesgerichtshof als auch die neuere Ansicht vermeiden eine eingehende Erörterung der Voraussetzungen des § 1359 BGB und legen das Hauptaugenmerk auf die ausgleichsrechtliche Problematik[11]. Demgegenüber setzt die Kritik in der Literatur bereits eine Stufe früher, bei § 1359 BGB unmittelbar an. Das "unbillige" Ergebnis[12], bei welchem der Schaden der Ehefrau "uneingeschränkt aus dritter Tasche ersetzt wird", soll durch eine einschränkende Anwendung des Haftungsprivilegs vermieden werden[13].

3. Die Fälle gesetzlichen Forderungsübergangs
In voller Schärfe stellt sich die Frage der Auslegung des § 1359 BGB wegen mangelnder Ausweichsmöglichkeit aber bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Dritte, insbesondere Versicherungsträgern, aufgrund der §§ 1542 RVO, 67 VVG.

Soweit sich die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen aufgrund gesetzlichem Forderungsübergangs zu befassen hat, lehnt sie unter mehr oder minder deutlichem Abstellen auf das Haftungsprivileg des § 1359 BGB eine Ersatzpflicht des schädigenden Ehegatten und somit die Möglichkeit des Forderungsübergangs

---

10) Prölss, JuS 66, 400; Medicus, JZ 1967, 398 (de lege ferenda); Keuk, AcP 168, 175, 188 f.; Larenz, Schuldrecht II, S. 461;
11) So insbesondere Prölss und Keuk, a.a.O.
12) So Böhmer, MDR 1963, 886; Hauss, LM § 426 Nr. 17; in Festschrift für Möhring S. 360 bezeichnet Hauss ein derartiges Ergebnis als "anstößig".
13) Carl, JW 1938, 2356; Böhmer, a.a.O.; so auch der BGH, a.a.O., S. 329;

auf die Versicherungsträger ab[14].

Die Anwendung der Haftungsmilderung im Straßenverkehr und die Klassifizierung der gemeinsamen Autofahrt als Teil des ehelichen Zusammenlebens entfachte eine lebhafte, größtenteils auf die konkreten Straßenverkehrsfälle bezogene, aber mitunter auch Ansätze grundsätzlicher Erörterung aufweisende Diskussion, die hier zur Kennzeichnung der Situation kurz umrissen werden soll[15].

Neben dem Argument, die Verpflichtung, ein Kraftfahrzeug im Verkehr ordentlich und gewissenhaft zu führen, ergebe sich für die Ehegatten allein aus den Regeln der Straßenverkehrsordnung und nicht aus dem ehelichen Verhältnis[16], wird ganz allgemein auf die angesichts des heutigen Massenverkehrs verkehrspolitisch bedenkliche Gewährung eines Haftungsprivilegs auf diesem Gebiet hingewiesen[17]. Zudem könne die Norm ihrem ganzen Sinne nach bei Körperverletzungen keine Anwendung finden[18]. Es sei nicht einzusehen, warum die Ehefrau schlechter gestellt werden solle als andere Fahrgäste; auch habe der Gesetzgeber bei Aufnahme der Vorschrift

---

14) OLG Naumburg, JW 1938, 2355 mit Anm. Carl; OLG Hamburg, VersR 1958, 809, OLG Stuttgart, VersR 58, 891; OLG Düsseldorf, VersR 1959, 568;

15) Vgl. insbesondere Böhmer, MDR 1959, 816; NJW 1959, 1713; MDR 1963, 885; MDR 1965, 712; JZ 1967, 90; 256; JZ 1968, 98; Clauss, FamRZ 1959, 41; NJW 1959, 1408; Weimar, MDR 1959, 177; Stoll, FamRZ 1962, 64; Roloff, VersR 1964, 703; Wilts, VersR 1964, 455; 1967, 105; Steingaß, VersR 1965, 550; Hoffmann, NJW 1967, 1207; Kötz, NJW 1967, 1213;

16) So schon Carl, a.a.O., S. 2357; Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, S. 40 FN 2; FamRZ 62, 66; Böhmer, MDR 1963, 886;

17) Böhmer, MDR 1965, 712 f.

18) Hauss, Festschrift für Möhring, S. 357.

in das BGB die Straßenverkehrsunfälle gar nicht im Auge gehabt, wie überhaupt nur eine dem gemeinen Recht entsprechende Auslegung zu tragbaren Ergebnissen führe[19]. Nach Kötz sind schließlich Erwägungen über die Erhaltung der ehelichen Harmonie oder die gemeinschaftliche Autofahrt als Ausfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft trotz ihres idyllischen oder metaphysischen Reizes fehl am Platze[20].

So wenig eine idyllische bzw. metaphysische Betrachtungsweise die Anwendung des § 1359 BGB im Straßenverkehrsrecht zu rechtfertigen vermag, so wenig wird eine allein von der verkehrsrechtlichen und historischen Situation her argumentierende, sich zum Teil nur auf sekundäre Erscheinungsformen, wie des Ausgleichs mit Dritten, stützende Ansicht der Problematik der Norm gerecht. Erforderlich ist die Besinnung auf die durch die Verkehrsunfallrechtsprechung lediglich tangierte allgemeine Problemstellung und der auf dieser Grundlage durchgeführte Versuch einer dogmatisch befriedigenden, den sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten gerecht werdenden Lösung.

4. Allgemeine Fragestellung

Eine grundsätzliche Erörterung des Haftungsprivilegs ist um so mehr erforderlich, als die in der Fallgruppe der Drittschädigerfälle auftretende haftungsrechtliche Problematik in nächster Zeit keine Regelung durch den Gesetzgeber erfahren dürfte.

Zwar ist in dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften[21] die vom Bundesgerichtshof[22] vertretene Auffassung übernommen worden, daß derjenige, der "neben einem anderen aufgrund ge-

---

19) Böhmer, MDR 1959, 816; NJW 1959, 1714;

20) NJW 1967, 1215;

21) Band I, Wortlaut; Band II, Begründung. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 1967;

22) BGHZ 12, 213; 35, 317;

setzlicher Schadensersatzpflicht zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet wäre, von dieser Ersatzpflicht aber durch Vertrag befreit ist, dem anderen zum Ausgleich in dem gleichen Umfang verpflichtet ist, in dem er ihm beim Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses zum Ausgleich verpflichtet wäre"[23].

In § 840 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs heißt es dann weiter, daß "entsprechendes gilt, wenn die Befreiung von der Ersatzpflicht auf einer besonderen gesetzlichen Vorschrift beruht, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist".

Wer nun der Ansicht ist, § 840 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs umfasse auch die Fälle der diligentia quam in suis, sieht sich durch die amtliche Begründung eines besseren belehrt[24]. Danach sind diese Fälle nicht als besondere i. S. des Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs anzusehen[25]. Deren Klärung soll - sofern man ihre Anwendbarkeit auf das Deliktsrecht bejahe - Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen werden[26].

Eine Klärung des Drittschadensausgleichs erfordert vor allem eine grundsätzliche, von der konkreten Fallgestaltung abstrahierte Auseinandersetzung mit § 1359 BGB und den dieser Norm zugrundeliegenden Zielsetzungen.

In konsequenter Fortsetzung der von Rechtsprechung und Schrifttum aufgeworfenen Frage, inwieweit § 1359 BGB bei Straßenverkehrsunfällen Anwendung findet, ist der dem Haftungsprivileg überhaupt gezogene Bereich festzulegen. Das verlangt in erster Linie die Bestimmung, was unter ehelichem Verhältnis zu verstehen ist, und welche Pflichten sich aus diesem Verhältnis für die Ehepartner ergeben. Sind die der Vorschrift im gemeinen Recht gezogenen Grenzen Maßstab für den heutigen

---

23) § 840 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs.

24) Vgl. die kritische Stellungnahme von Medicus, JZ 1967, 401.

25) Entwurf Bd. II, Begründung, S. 142.

26) Entwurf Bd. II, Begründung, S. 143.

Anwendungsbereich?

Besondere Bedeutung für die Auslegung des § 1359 BGB kommt der Klärung des Verhältnisses der Norm zur ehelichen Generalklausel zu. Fallen unter die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen nur die in §§ 1354 ff. expressis verbis aufgeführten, oder sind auch die direkt aus der ehelichen Lebensgemeinschaft abgeleiteten Pflichten dem milderen Haftungsmaßstab unterworfen.

Grundsätzlicher Klärung, vor allem auch im Hinblick auf die "Drittschädigerfälle", bedarf die Frage des Verhältnisses von § 1359 BGB und Deliktsrecht. Ist auch dann nur für die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt einzustehen, wenn in der Verletzung der speziellen Pflicht gleichzeitig die Verletzung einer allgemeinen, dem Ehepartner gegenüber jedem Dritten ebenfalls obliegenden Verpflichtung liegt?

In engem Zusammenhang mit dieser Frage steht die Anwendung der diligentia quam in suis im Bereich vertraglicher Beziehungen zwischen den Ehepartnern.

Inwieweit die hier angezeigten Probleme in Rechtsprechung und Schrifttum erörtert und welche Ansichten zu den anstehenden Fragen vertreten wurden, soll anschließend untersucht werden.

II. Umfang des ehelichen Pflichtenkreises - Meinungsstand.

1. Allgemeines

Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der Tatsache, daß es sich bei § 1359 BGB um keine selbständige familienrechtliche Anspruchsgrundlage handelt, son-

dern einzig der Haftungsmaßstab modifiziert wird[27]. Was den Anwendungsbereich dieses besonderen Maßstabes anbelangt, so wird, den Gesetzeswortlaut mehr oder weniger wiederholend, der Regelung Bedeutung für das gesamte eheliche Verhältnis beigemessen[28]. Welche Pflichten dies im einzelnen sind, ist aber weitgehend unklar[29]. Die Unzulänglichkeit, durch Begriffe wie "speziell" oder "unmittelbar" aus dem ehelichen Verhältnis fließende Pflichten, den Anwendungsbereich der Norm näher zu bestimmen[30], führte zu Versuchen, aufgrund historischer und systematischer Untersuchungen zu einer Klärung zu gelangen.

2. Meinungsstand in der Literatur

Die historische Methode wird vor allem von Autoren angewandt, die eine einschränkende Auslegung der Norm vertreten[31]. Ins-

---

27) Die gegenteilige Auffassung wird nur von Strupp, Schadensersatz wegen Ehebruchs, Eheverlassung und in ähnlichen Fällen, S. 12/13 vertreten. Wollte man dem § 1359 konstitutive Wirkung i. S. eines Schadensersatzanspruches absprechen, wäre die Norm nach dieser Ansicht gänzlich bedeutungslos. Dazu kritisch Magis, Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch bei Verletzung der ehelichen Treue, S. 35 ff.

28) Vgl. BGB-RGRK-Scheffler, § 1359 Anm. 1; Soergel-Siebert-Vogel, § 1359 Anm. 3; Dölle, Familienrecht I, S. 684; Palandt-Lauterbach, § 1359 Anm. 1;

29) Schon Magis, a.a.O., S. 39 weist darauf hin, daß in der Literatur zwar allgemein die Ansicht vertreten werde, § 1359 finde auf das gesamte eheliche Verhältnis Anwendung, es aber vermieden wird, aus diesem Satz Konsequenzen zu ziehen.

30) Böhmer, NJW 1959, 1714; Dölle I, S. 685;

31) Böhmer, MDR 1959, 816; MDR 1965, 713; Dölle I, S. 684 FN 4; Hauss, Festschrift S. 358; Rother, Haftungsbeschränkung, S. 192; Hoffmann, NJW 1967, 1209; Die Abstufungen der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, S. 214/215; Kötz, NJW 1967, 1213;

besondere Böhmer weist immer wieder darauf hin, daß die Rechtsfigur der diligentia quam in suis römischen Ursprungs sei und über die einzelnen landesrechtlichen Kodifikationen Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden habe. Im gemeinen Recht sei die Haftungserleichterung aber auf die Dotalsachen und das in der Verwaltung des Ehemanns befindliche Paraphernalvermögen der Ehefrau beschränkt gewesen. Auf demselben Standpunkt würde auch das BGB stehen[32].

Ebenfalls auf die Situation zur Zeit der Entstehung des BGB sei hinsichtlich der umstrittenen Fahrten im Kraftfahrzeug abzustellen. Bei diesen könne es sich schon allein deshalb nicht um eine aus dem ehelichen Verhältnis fließende Verpflichtung handeln, weil der Gesetzgeber an einen derartigen Tatbestand noch gar nicht denken konnte[33].

Was unter den sich "nur" aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen oder den "spezifisch" ehelichen Pflichten im einzelnen zu verstehen ist, wird auch von den Vertretern einer einschränkenden Auffassung unterschiedlich beurteilt. Während das gesetzliche und vertragliche Güterrecht allgemein der Haftungsmilderung unterworfen wird[34], setzen schon bei den §§ 1354 ff. BGB Differenzierungen ein. Planck-Unzner beschränken das Privileg auf die §§ 1357, 1360 und 1361 BGB, wohingegen Dölle auch noch die Haushaltstätigkeit (§ 1356 I BGB) und die Mitarbeitspflicht (§ 1356 II BGB) einbezieht[35].

Von der systematischen Einordnung der Norm ausgehend, wird aus der Tatsache, daß im 6. Kapitel des 4. Buches des BGB kein Wort auf den § 1359 des 5. Titels verweist, zum einen

---

32) A.a.O.

33) Böhmer, MDR 65, 713.

34) Planck-Unzner, § 1359 Anm. 1; Böhmer, MDR 1963, 886; Dölle I, S. 685 f.

35) A.a.O.

der Schluß gezogen, die Norm könne über den 5. Titel hinaus keine Anwendung finden[36]. Gerade die gegenteilige Ansicht meint in jüngster Zeit Kötz aus der systematischen Stellung schließen zu können. Danach handelt es sich bei § 1359 BGB um eine Vorschrift, die allein im Ehegüterrecht Anwendung findet. Daß sie dennoch unter die Bestimmungen, die von der Ehe im allgemeinen handeln, aufgenommen wurde, sei allein aus der Tatsache zu erklären, daß der Gesetzgeber eine Wiederholung bei allen in Betracht kommenden Güterständen vermeiden wollte[37].

Wie Kötz jedoch im weiteren Verlaufe seiner Abhandlung einräumt, könne es für die Lösung des Problems nicht allein auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers bei Fassung und systematischer Einordnung des § 1359 BGB ankommen. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich sowohl auf dem Gebiete des Eherechts als auch dem der Haftung für Unfälle im Straßenverkehr tiefgreifend verändert[38].

Trotz dieser Veränderung in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht hält ein Großteil der Lehre an einer einschränkenden Auslegung fest. Ausgehend von der Ansicht, daß § 1359 BGB nur die Pflichten umfasse, die allein unter Ehegatten entstehen können, wird die Anwendung der Norm über den schon im gemeinen Recht vorgezeichneten und nur durch teilweise Aufnahme von in den §§ 1354 ff. BGB enumerativ aufgezählten Pflichten ausgeweiteten Bereich abgelehnt, gemeinsame Kraftfahrzeugfahrten etwa würden nicht erfaßt[39].

Unter Bezugnahme auf die eheliche Gemeinschaft als einem

---

36) So Rocholl, Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 93.

37) NJW 1967, 1213.

38) A.a.O. Darauf weisen zutreffend auch Roloff, VersR 1964, 703 und Steingaß, VersR 1965, 552 hin.

39) Vgl. die in FN 31 Genannten. Ebenso Esser, Schuldrecht AT, S. 443.

allumfassenden Verhältnis[40], welches nach heutiger Anschauung die typischen Verhaltensweisen des täglichen Lebens umfasse, treten, insbesondere im Hinblick auf die gemeinsame Kraftfahrzeugfahrt der Ehegatten, eine ganze Reihe von Autoren für eine weite Auslegung des ehelichen Verhältnisses und der sich daraus ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen ein[41]. Allerdings ist die Begründung nicht ganz einheitlich. Besonders bezüglich der konkreten, aus dem ehelichen Verhältnis fließenden Verpflichtung bei gemeinsamen Kraftfahrzeugfahrten der Ehegatten sind die Ansichten nich einhellig. So wird unter anderem als aus der ehelichen Lebensgemeinschaft oder dem ehelichen Verhältnis fließende und damit dem § 1359 BGB unterworfene Pflicht angesehen: dem Ehegatten die Benutzung des Kraftfahrzeugs als Insasse zu gestatten[42], sorgfältig zu fahren[43], die körperliche Integrität der Ehefrau zu schützen[44].

Eine vom konkreten Fall abstrahierte allgemeine Aussage über den Geltungsbereich des Haftungsprivilegs macht Gernhuber. Danach haften die Ehegatten im Gesamtbereich der Ehe nur für die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt. Dieser eheliche Bereich sei immer gegeben, wenn es sich um Pflichten mit personenrechtlichem Charakter oder um den Vollzug der ehelichen Lebensgemeinschaft handelt[45].

Trotz der oben dargestellten verschiedenen Ansichten bezüglich der allgemein von § 1359 BGB erfaßten Pflichten besteht über die Behandlung der rechtsgeschäftlichen Beziehungen der

---

40) So Steingaß, VersR 1965, 551.

41) Clauss, FamRZ 1959, 42; Weimar, MDR 1959, 177; Roloff, VersR 1964, 703; Soergel-Siebert-Vogel, § 1359 Anm. 3; Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 7; Wilts, VersR 1964, 458; Wussow, Das Unfallhaftpflichtrecht, S. 577, RdZ 1382; Beitzke, Familienrecht S. 63; Palandt-Lauterbach, § 1359 Anm.1.

42) Clauss, a.a.O.; Staudinger-Hübner, a.a.O.

43) Weimar, a.a.O.

44) Weimar, a.a.O.; Wilts, a.a.O.; Steingaß, a.a.O., S. 552.

45) Familienrecht, S. 191

Ehegatten weitgehende Übereinstimmung. Die Auffassung der Protokolle[46] übernehmend, wonach "Einverständnis darüber bestand, daß, wenn die Ehegatten in einen gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr miteinander treten, auch die Vorschriften über die in diesem Verkehr zu gewährende Sorgfalt Anwendung zu finden hätte", wird fast durchgehend die Auffassung vertreten, bei den aus einem Rechtsgeschäft erwachsenden Pflichten könne es sich nicht um eheliche Verpflichtungen handeln[47].

Nur vereinzelt wird auch die Anwendung des milderen Sorgfaltsmaßstabes bei Rechtsgeschäften zwischen Ehegatten ausgeschlossen, weil hier die Grenzen fließend seien und es im Einzelfall der Prüfung bedürfe, welchen Vertragswillen die Ehegatten gehabt hätten[48].

2. Rechtsprechung

a) Kraftfahrzeugunfälle sind es auch, die den beiden, sich mit dem Haftungsprivileg zwischen Ehegatten auseinandersetzenden Entscheidungen des Reichsgerichts zugrundeliegen[49]. Der Sachverhalt weicht insofern von den oben angedeuteten, die Rechtsprechung in neuerer Zeit beschäftigenden Fällen ab, als der Unfall nicht vom Ehemann selbst, sondern von einem von ihm zur Verfügung gestellten Chauffeur verursacht wurde.

Das Reichsgericht umgeht eine grundsätzliche Erörterung des § 1359 BGB dadurch, daß es im einen Fall die Stellung eines

---

46) Mugdan IV, Protokolle, S. 742;

47) Z. B. Planck-Unzner, § 1359 Anm. 1; BGB-RGRK-Scheffler, § 1359 Anm. 2; Soergel-Siebert-Vogel, § 1359 Anm. 4; Dölle I, S. 685; Lehmann-Henrich, S. 71; Erman-Bartholomeyczik, § 1359; Palandt-Lauterbach, § 1359 Anm. 1;

48) Gernhuber, Familienrecht, S. 191; Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 9; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, S. 577, RdZ 1382;

49) RGZ 138, 1; RGZ 148, 303;

Chauffeurs samt Kraftfahrzeug, den Verhältnissen der Ehegatten entsprechend, zur Unterhaltspflicht des Ehemannes rechnet, die unstreitig zu dem von § 1359 BGB erfaßten ehelichen Pflichtenkreis gehört. Für die Eignung des Fahrers habe der Ehemann mit der in eigenen Angelegenheiten von ihm eingehaltenen Sorgfalt einzustehen[50].

Einen Schritt weiter führt die Entscheidung in RGZ 148, 303. Zwar war die hier beim Unfall verletzte Ehefrau im Rahmen ihrer Mitarbeitspflicht (§ 1356 II BGB) im Kraftwagen mitgefahren. Neben dem gemeinsamen Interesse am Geschäft wird aber zur Begründung der Haftungsmilderung auf die aus dem Eheverhältnis entspringenden persönlichen Beziehungen der Ehegatten als Grundlage der gegenseitigen Pflichten abgestellt[51].

b) Die scheinbar so geschlossene Rechtsprechung der Oberlandesgerichte weist doch hinsichtlich der Begründung und somit hinsichtlich des Umfanges der ehelichen Pflichtensituation Unterschiede auf. Zwar ist in allen Fällen Sachverhalt und Ergebnis dasselbe: Der das Kraftfahrzeug lenkende Ehepartner haftet für eine von ihm anläßlich eines Verkehrsunfalls fahrlässig verursachten Körperverletzung des Gatten nicht[52].

Dieses Ergebnis folgert das OLG Naumburg aus der Tatsache, daß es sich bei der gemeinsamen Fahrt um nichts anderes als um einen Teil des ehelichen Zusammenlebens handle, zu welchem die Ehegatten einander nach § 1353 BGB verpflichtet seien[53].

Das ersichtliche Abrücken von der vom Reichsgericht im 138.

---

50) RGZ 138,5;

51) A.a.O., S. 308;

52) OLG Naumburg, JW 1938, 2355; OLG Hamburg, VersR 1958, 809; OLG Stuttgart, VersR 58, 891; OLG Düsseldorf, VersR 1959, 568; OLG Bremen, VersR 1964, 644;

53) A.a.O.

Band vorgenommenen Qualifizierung und Einordnung der Pflicht unter die §§ 1354 ff. BGB wird auch von der neueren Rechtsprechung fortgesetzt. Man begnügt sich jedoch nicht mehr, allein auf die gemeinsame Fahrt als Ausfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft abzustellen, sondern sucht aus diesem Komplex einige spezielle Pflichten, wie die Pflicht zur sorgfältigen Beförderung des Ehegatten und zur Sorge für dessen Gesundheit herauszudestillieren[54].

Auffallend ist weiter bei diesen neueren Urteilen, daß der zugunsten des Ehepartners angenommene Haftungsausschluß in erster Linie auf einen stillschweigend vereinbarten Haftungsverzicht gestützt wird. Gefolgert wird dieser stillschweigende Haftungsverzicht aus der ehelichen Lebensgemeinschaft; mit derselben Argumentation erfolgt dann gleichsam als Hilfserwägung auch noch die Heranziehung des im § 1359 BGB niedergelegten Haftungsprivilegs[55].

Am eindeutigsten auf § 1359 BGB stellt das OLG Bremen in der, soweit ersichtlich, letzten Entscheidung zu diesem Problemkreis ab. Danach ergibt sich der Haftungsausschluß nur aus der gesetzlichen Regelung, da sich die Pflicht zur sorgfältigen Beförderung des Ehegatten nicht nur aus seiner allgemeinen Stellung als Verkehrsteilnehmer, sondern aus dem ehe-

---

54) OLG Hamburg, VersR 1958, 810; OLG Bremen, VersR 1964, 644;

55) Vor allem OLG Stuttgart und OLG Düsseldorf. Diese Tendenz ist auch schon in der Entscheidung des OLG Naumburg zu erkennen. Ohne den § 1359 BGB auch nur zu erwähnen oder wenigstens sinngemäß auf ihn einzugehen, stellt das OLG Karlsruhe, VersR 1963, 685 lediglich auf den Haftungsausschluß zwischen den Ehegatten ab, "(der) sich aus den engen persönlichen Beziehungen der Ehegatten von selbst (ergibt), und es würde lebensfremd sein, anzunehmen, für vom andern verursachte Schäden Ersatz in Geld zu nehmen".

lichen Verhältnis ergebe[56]. Auch das OLG Hamburg ist der Ansicht, § 1359 BGB besage nicht, daß die Haftungsbeschränkung nur für solche Pflichten gelten solle, die ausschließlich auf dem ehelichen Verhältnis beruhen. Eine derartige Einschränkung hätte der Gesetzgeber durch einen in § 1359 BGB aufgenommenen Vorbehalt zum Ausdruck gebracht[57].

Diese weite Auslegung des ehelichen Pflichtenkreises schränkt das Gericht teilweise wieder ein, indem es anführt, § 1359 BGB mindere nicht die Anforderungen, die an die Sorgfaltspflicht der Ehegatten zu stellen seien, sondern nur die Haftung für eine etwaige Verletzung dieser Sorgfaltspflicht. Nach dieser Auffassung würde es sich somit um eine sanktionslose Verpflichtung der Ehegatten handeln.

Die hier bei Bestimmung der ehelichen Pflichtensituation durch die Rechtsprechung nur implicite anklingende Frage des Verhältnisses von spezieller ehelicher und allgemeiner Pflicht beschäftigt die Literatur in stärkerem Maße. Wegen der teilweise verschiedenen Ansatzpunkte und der bestehenden Meinungsverschiedenheiten soll diese Frage gesondert erörtert werden.

---

56) A.a.O. Auf die ebenfalls die Problematik der diligentia quam in suis im Straßenverkehr betreffende Entscheidung des BGH zu § 708 BGB (BGHZ 46, 313), soll erst später bei der grundsätzlichen Erörterung des ehelichen Pflichtenkreises und der darunter fallenden Verpflichtungen eingegangen werden. Die zu § 1359 BGB direkt ergangene und oben (II 1) schon erwähnte Entscheidung des BGH nimmt zum Problem des Geltungsbereiches des Haftungsprivilegs zwischen den Ehegatten nicht Stellung.

57) A.a.O., S. 810.

III. Das Verhältnis von ehelicher und allgemeiner Pflichtensituation - Meinungsstand.

Im Gegensatz zu dem in § 276 Abs. 1 BGB niedergelegten Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, bei dem es sich nach einhelliger Auffassung trotz der Stellung unter den allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts um einen für das gesamte Bürgerliche Gesetzbuch, insbesondere auch für das Deliktsrecht gültigen Grundsatz handelt[58], setzen sich bezüglich des Verhältnisses der diligentia quam in suis zum Deliktsrecht, vor allem was § 1359 BGB anbelangt, die schon im gemeinen Recht bestehenden Meinungsverschiedenheiten auch unter der Herrschaft der BGB fort[59]. Dabei wird das Problem teilweise unter dem Aspekt der Konkurrenz von allgemeinem und besonderem Maßstab, zum Teil auch nur als eine Frage der Weite des Begriffes der "sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen" gesehen.

1. Das Zusammentreffen von spezieller und allgemeiner Pflicht als Konkurrenzproblem.

Die Frage des Zusammentreffens von gesetzlich vorgesehenem oder vertraglich vereinbartem Haftungsprivileg mit den Vorschriften des Deliktsrechts ist im Grundsätzlichen ausdiskutiert. Nach überwiegender Ansicht[60] handelt es sich hierbei um ein Konkurrenzproblem; durch die verminderte gesetzliche oder vertragliche Pflichtenanforderung wird auch die Pflichtenanforderung im Bereich des Deliktsrechtes beeinflußt,

---

58) Vgl. z. B. Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, § 276 Anm. 1.

59) Zum gemeinen Recht vgl. von Mutzenbecher, Beiträge zu der Lehre von der culpa in concreto, S. 32.

60) Z. B. RGZ 66,363; 67,182(185); 77,317(320); 89,384; 92,8 (12); BGH LM § 252 Nr. 2; BGHZ 17,214(217); 24,188; 32,194 (203); 46,140(142); Enneccerus-Lehmann, S. 935; Esser, Schuldrecht BT, S.459/460; BGB-RGRK-Haager, Vor § 823 Anm. 27; Soergel-Siebert-Lindenmaier-Schräder, Vor § 823 Anm. 41; Erman-Drees, Vor § 823 3c; Palandt-Thomas, Einf.v. § 823, 3 d.

da "ansonsten die vertraglichen Pflichteneinschränkungen ziemlich bedeutungslos würden".[61]

Ob dieser zum Verhältnis Vertragsrecht-Deliktsrecht herausgearbeitete Grundsatz auch für § 1359 BGB uneingeschränkt anerkannt wird, erscheint angesichts verschiedener Ausführungen in der Literatur zweifelhaft.

Schon Endemann und Heck, beide der zur Anspruchskonkurrenz herrschenden Auffassung folgend und die Ausdehnung der in Verträgen vorgesehenen Haftungsmilderung auch auf Deliktsansprüche bejahend[62], lehnen die Anwendung des § 1359 BGB bei gleichzeitiger Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht ohne nähere Begründung ab[63].

Die hier erkennbare Tendenz, zwischen den in Vertragsverhältnissen niedergelegten Haftungserleichterungen und denjenigen des Familienrechts zu unterscheiden, ist auch teilweise in der neueren Literatur festzustellen. Rein äußerlich zeigt sich dies schon darin, daß bei Aufzählung der das Deliktsrecht beeinflussenden Haftungsprivilegien nur die §§ 690, 708 BGB angeführt werden[64]. Wie die darauf folgende gesonderte Erörterung derselben Problematik bei § 1359 BGB zeigt, handelt es sich hierbei nicht lediglich um eine beispielhafte und daher auch die Haftungsbeschränkung zwischen Ehegatten mitumfassende Aufzählung der möglichen Konkurrenzsituationen. So meint Larenz, bezüglich des Konkurrenzproblems im Grundsatz mit der herrschenden Meinung einig, § 1359 BGB gelte nur für die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen, worunter die gegenüber jedermann bestehenden allgemeinen Pflichten nicht fallen würden. Dem Sinn und Zweck der Norm entsprechend sei aber eine analoge Anwendung angebracht[65]. Auch für Esser han-

---

61) Enneccerus-Lehmann, S. 935;

62) Endemann I, S. 645; Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 80;

63) Endemann I, S. 1258 ff.; Heck, a.a.O., S. 447;

64) Vgl. z. B. Essen, Schuldrecht BT, S. 460; Soergel-Siebert-Lindenmaier-Schräder, Vor § 823 Anm.41; Larenz II, S.475/476.

65) Schuldrecht II, S. 462 FN 1;

delt es sich im Gegensatz zu den vertraglichen Haftungsbeschränkungen um kein Konkurrenzproblem, da allgemeine Verkehrspflichten keine aus dem ehelichen Verhältnis fließenden Verpflichtungen sein könnten[66].

Die Frage, inwieweit überhaupt die Möglichkeit des Zusammentreffens von allgemeiner und spezieller Pflichtenstellung anerkannt und, wenn ja, wie dieses Konkurrenzverhältnis gelöst wird, bedarf angesichts der oben angedeuteten Ansichten für § 1359 BGB einer näheren Betrachtung.

a. Eine eingehende Erörterung dieser Problematik findet sich bei Dietz im Rahmen seiner Monographie "Anspruchskonkurrenz von Vertrag und Delikt".

Ausgehend von der zum Verhältnis vertraglicher Anspruch-Deliktsanspruch vertretenen Auffassung, wonach das Bestehen eines deliktischen Anspruchs allein nach den Vorschriften des Deliktsrechtes, das Bestehen eines Vertragsanspruches allein nach Vertragsrecht zu beurteilen ist, beide Ansprüche alsoselbständig nebeneinanderstehen und sich nicht beeinflussen[67], zieht Dietz für das Verhältnis der §§ 823 ff. BGB zu § 1359 BGB dieselbe Konsequenz.

Da § 1359 nur insoweit Anwendung finde, als es sich gerade um einen Verstoß gegen die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen handle, habe es keine Bedeutung, wenn auch ein Deliktsanspruch in Frage stehe. Deliktsansprüche seien allein vom Vorliegen ihres Tatbestandes abhängig, ein parallel laufender, unter § 1359 BGB fallender eherechtlicher Anspruch müsse für die rechtliche Beurteilung der Verletzung einer allgemeinen, jedem Dritten gegenüber obliegenden Pflicht

---

66) Schuldrecht AT, S. 443.

67) Vgl. Zusammenfassung, a.a.O., S. 332 ff.

ohne Belang sein[68].

Für die Verletzung einer allgemeinen Pflicht voll zu haften, sei durchaus mit dem Wesen der Ehe zu vereinbaren, da diese die Ehegatten ohne Rücksicht auf die Ehe binde[69].

Zum selben Ergebnis gelangt insbesondere die ältere Lehrmeinung, deren Begründung sich jedoch größtenteils darin erschöpft, die von den Motiven ausgesprochene Nichtanwendung des § 1359 BGB im gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr auch auf Deliktsansprüche auszudehnen[70].

b. Auf dem Boden der herrschenden Meinung zum Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht stehend, hat sich in jüngster Zeit Wilts eingehender mit der gleichzeitigen Verletzung von ehelichen und allgemeinen Verkehrspflichten befaßt.

Eine unmittelbare Anwendung des § 1359 BGB sowohl auf familienrechtliche als auch allgemein schuldrechtliche Pflichten wird unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm abgelehnt. Daaber beinahe jedes auf den Ehepartner bezogene Verhalten zugleich den Tatbestand der §§ 823 ff. BGB erfüllen könne, seien die deliktsrechtlichen Beziehungen an die durch

---

68) A.a.O., S. 270 ff. Die Geltungsbereiche der vertraglichen und deliktischen Normenkomplexe gleichen nach Dietz zwei Kreisen, die sich zwar schneiden können, wobei aber der gemeinsame Teil der Kreises der weitaus kleinere ist (S. 99). Auch für § 1359 BGB bleibe noch ein weiter Bereich, in dem keine Berührung mit dem Deliktsrecht stattfinde und sich die Haftungsmilderung voll auswirken könne (dazu näher S. 273 f.).

69) A.a.O., S. 276.

70) Neben Endemann und Heck (FN 62) insbesondere Weyl, System S. 288; Crome IV, S. 234; Hörle, ArchBürgR 31, 148. Auf die Anspruchskonkurrenz abstellend Wendt, AcP 87, 439 und neuerdings Stoll, FamRZ 1962, 66;

§ 1359 BGB geprägten eherechtlichen anzugleichen[71].

Interessant erscheint eine von Wilts in diesem Zusammenhang noch angeführte, als "praktisch" bezeichnete Erwägung. Eine Angleichung des Deliktsrechts an den milderen Haftungsmaßstab empfehle sich auch deshalb, weil es sich bei diesem zuerst um eine Verhaltensnorm handle. Der Ehegatte müsse sich bei Erfüllung seiner Pflichten aus dem ehelichen Verhältnis darauf einstellen können, pflichtgemäß zu handeln, sofern er die Eigensorgfalt einhalte und nicht ständig fragen müssen, was nun gerade die Verkehrssorgfalt erfordere[72].

Diese Ansicht von der Möglichkeit des Zusammentreffens eherechtlicher und deliktischer Ansprüche sowie die Einschränkung der letzteren durch das Haftungsprivileg dürfte, wenn auch unausgesprochen, der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte[73] und einem großen Teil der Literatur zugrundeliegen[74]. Unter grundsätzlicherem Ansatzpunkt geht Gernhuber von einer Gestaltungswirkung der ehelichen Verbundenheit aus. Dadurch werde die allgemeine Verantwortung auf das in § 1359 BGB niedergelegte Maß beschränkt[75].

Von diesen Begründungen abweichend, sollte das Haftungsprivileg nach Medicus auf das Deliktsrecht erstreckt werden, weil zwischen Ehegatten Unterhaltsansprüche sachgerechter seien als Schadensersatzansprüche[76].

---

71) VersR 1964, 457, 458.

72) A.a.O., S. 458.

73) Vgl. oben FN 52.

74) Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 6; Steingaß, VersR 1965, 55
Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, § 277 Anm. 1; Beitzke, Familienrecht, S. 63; Palandt-Lauterbach, § 1359 Anm. 1; ausdrücklich auf die Konkurrenzlage abstellend schon v.Haq Die sog. culpa in concreto, S. 28 f.

75) Familienrecht, S. 191.

76) JZ 1967, 401 FN 38.

2. Einschränkung des ehelichen Pflichtenkreises.
Die klare Scheidung zwischen ehelichem Pflichtenverhältnis und allgemeinen Verkehrspflichten geht durch die Problematik der Kraftfahrzeugunfälle mit Beteiligung der Ehegatten mitunter verloren. So wird teilweise die gemeinsame Fahrt im Kraftfahrzeug als Ausfluß des ehelichen Verhältnisses angesehen und in ihren Auswirkungen nach § 1359 BGB beurteilt, gleichzeitig aber die Erstreckung des Haftungsprivilegs auf die allgemeinen Deliktstatbestände abgelehnt[77]. Auch innerhalb der durch § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter wird differenziert und die Erstreckung des milderen Haftungsmaßstabes lediglich auf die durch einen Verkehrsunfall verursachte Körperverletzung bzw. die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität allgemein abgelehnt[78]. Diese Unklarheiten werden von denjenigen Autoren vermieden, die von der Erwägung ausgehen, bei den allgemeinen Verkehrspflichten könne es sich niemals um Pflichten handeln, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben. Eheliche Pflichten seien nur solche, die allein zwischen den Ehepartnern entstehen könnten. Da sich somit ehelicher und allgemeiner Pflichtenkreis selbständig gegenüberstehen, sieht diese Auffassung in der Behandlung von Deliktsansprüchen kein Konkurrenzproblem[79].

Neben dieser Vielfalt von Ansichten mehren sich in jüngster Zeit die Stimmen, die der Rechtsfigur der diligentia quam in suis überhaupt ablehend gegenüberstehen. Rother etwa stellt die Frage, "ob man an das alte Rechtsinstitut überhaupt noch weitere dogmatische Mühe verwenden oder (es nicht) vielmehr ... als rechtliches Kuriosum auf sich beruhen lassen sollte".[80]

---

77) Vogel in Soergel-Siebert, § 1359 Anm. 3 bzw. Anm. 4;
78) Hauss, Festschrift, S. 358, a.A. noch Anm. zu BGH LM § 426 Nr. 17; Lehmann-Henrich, Familienrecht, S. 72;
79) Böhmer, MDR 1959,816; NJW 1959,1714; MDR 1965,713; Dölle I, S. 685; Esser, Schuldrecht AT, S.443; vgl. auch Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, S. 40 FN 2 und Kötz, NJW 1967,1215;
80) Haftungsbeschränkung S. 189; vgl. auch Dölle I, S. 685/686; Hoffmann, NJW 1967, 1208;

Diese Fragestellung mag de lege ferenda berechtigt sein; angesichts der Bedeutung des § 1359 BGB und des geschilderten Meinungsstandes erscheint eine eingehende Untersuchung unumgänglich.

IV. Horizontaler und vertikaler Wirkungsbereich des § 1359 BGB

1. Überlagerung von ehelicher und allgemeiner Pflichtenebene. Wie die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten zeigen, hat die zu einzelnen Fragen zweifellos bestehende rege Diskussion zu keiner tieferen Überprüfung der dogmatischen Gesamtsituation geführt. Insbesondere die immer wieder auftauchende Frage der Behandlung von Deliktsansprüchen zwischen Ehegatten kann schon wegen des divergierenden Ergebnisses, vor allem aber des abweichenden Ausgangspunktes, nicht als geklärt angesehen werden. Es besteht ein grundlegender Unterschied, ob - um bei der aktuellen Fallgestaltung zu bleiben - das Haftungsprivileg im Straßenverkehr keine Anwendung findet, weil die gemeinsame Fahrt im Kraftfahrzeug und die damit zusammenhängenden Pflichten nicht als eheliche Pflichten i. S. des § 1359 BGB angesehen werden[81] oder, bei grundsätzlicher Anerkennung einer ehelichen Pflichtensituation auch in diesem Bereich, nur die Auswirkung derselben auf Deliktsansprüche verneint wird[82].

Methodisch bewegt sich hier die Argumentation auf zwei verschiedenen Ebenen. Indem zu einen darauf hingewiesen wird, allgemeine deliktische Sorgfaltspflichten würden sich nur aus den Normen des Deliktsrechtes, keinesfalls aber aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, zugleich aber, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eine Überlagerung beider Pflichtenkreise ver-

---

81) Speziell zu den Straßenverkehrspflichten vgl. Böhmer, MDR 1963, 886; Dölle I, S. 685;

82) So Stoll, FamRZ 1962, 66 unter Berufung auf Dietz; Wendt, AcP 87, 439;

neint wird[83], genügt allein das Vorliegen einer jedem Dritten gegenüber obliegenden Verpflichtung, um das Entstehen einer ehelichen Pflichtensituation auszuschließen. Das bedeutet aber eine Einschränkung des ehelichen Verhältnisses und der daraus für die Ehepartner entstehenden Verpflichtungen mittels festliegender, von der Ehe unabhängiger Kriterien.

Diese Begrenzung des ehelichen Pflichtenrahmens durch allgemeine, den jeweiligen Zuschnitt der konkreten Ehe nicht berücksichtigende Maßstäbe vermeidet die zweite Auffassung, für die das Problem der allgemeinen Sorgfaltspflichten erst eine Stufe später akut wird. Ausgehend von der Möglichkeit des gleichzeitigen Vorliegens beider Pflichtensituationen wird den allgemeinen Verkehrspflichten kein Einfluß auf die Bestimmung des ehelichen Pflichtenumfanges eingeräumt, sondern nur eine Erstreckung des Haftungsprivilegs auf Deliktstatbestände ausgeschlossen[84].

Daß - vom Ergebnis zunächst abgesehen- allein letztere Auffassung zutreffend sein kann, läßt sich anhand der Pflicht zur Haushaltsführung (§ 1356 Abs. 1 BGB) oder der Mitarbeitspflicht im Beruf oder Geschäft des Ehegatten (§ 1356 Abs. 2 BGB) zeigen. Bei der ersteren handelt es sich nach überwiegender Ansicht[85] um eine sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebende Verpflichtung, zu deren Erfüllung die in eigenen

---

83) Esser, Schuldrecht AT, S. 443; derselbe Ansatzpunkt liegt offenbar der Ansicht von Larenz, Schuldrecht II, S. 462 FN 1 zugrunde, der ohne Erwähnung eines möglichen Konkurrenzverhältnisses eine analoge Anwendung des § 1359 BGB auf das Deliktsrecht befürwortet.

84) Derselbe methodische Ansatz liegt der, allerdings zum gegenteiligen Ergebnis gelangenden, h.M. zugrunde (vgl. FN 74);

85) Böhmer, MDR 1963,886; Dölle I, S. 685; Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik, § 1359; dieselbe Ansicht besteht hinsichtlich der Qualifizierung der Mitarbeitspflicht.

Angelegenheiten angewandte Sorgfalt ausreicht. Beschädigt die Ehefrau in Ausübung dieser Verpflichtung leicht fahrlässig einen dem Ehemann gehörenden Haushaltsgegenstand, liegt objektiv eine Eigentumsverletzung und somit der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB vor. Dieser Erfolg kann aber nicht dazu führen, der Handlungsweise der Ehefrau die Qualifikation als Erfüllung einer ehelichen Pflicht abzusprechen. Auch die Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des Ehegatten kann zu Eigentumsbeschädigungen oder Körperverletzungen des Gatten führen, ohne daß die eheliche Pflichtenerfüllung anders als nach § 1359 BGB zu beurteilen ist.

An obigen Beispielen zeigt sich die mannigfaltige Möglichkeit der Verletzung allgemeiner deliktischer Sorgfaltspflichten bei Erfüllung ehelicher Verpflichtungen[86]. Die grundsätzliche Anerkennung einer Überlagerung beider Pflichtenebenen muß daher Ausgangspunkt der weiteren Behandlung deliktischer Ansprüche zwischen den Ehegatten sein.

2. Bestimmung des ehelichen Verhältnisses nur durch den horizontalen (familienrechtlichen) Bereich des § 1359 BGB.

§ 1359 BGB transformiert den Sorgfaltsmaßstab der diligentia quam in suis in das Familienrecht unter gleichzeitiger Beschränkung des Anwendungsbereiches auf die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen. Der zur Bestimmung dieser dem Haftungsprivileg immanenten Grenzen eingeschlagene Weg kann nicht immer überzeugen. So ist es sicher zutreffend, daß sich allgemeine Sorgfaltspflichten nicht aus dem ehelichen Verhältnis, sondern aus den Normen des Deliktsrechtes, ergeben. Angesichts der möglichen Überlagerung von ehelicher und allgemeiner Pflichtenebene ist damit aber über das gleichzeitige Vorliegen einer ehelichen Pflichtensituation weder eine positive noch negative Aussage getroffen.

Aus demselben Grunde scheint auch die in den Motiven und der

---

86) Weitere Beispiele bei Wilts, VersR 1967, 106;

überwiegenden Lehrmeinung vertretene Ansicht, das Vorliegen rechtsgeschäftlicher Beziehungen schließe eheliche Verpflichtungen aus, bedenklich[87]. Bedenklich nicht allein wegen der Bestimmung ehelicher Verhältnisse mittels schuldrechtlicher Kriterien, sondern auch wegen der oftmals zweifelhaften Subsumierung ehelicher Sachverhalte unter die Vertragstypen des Schuldrechts[88].

Allenfalls am Rande wird das Problem des ehelichen Verhältnisses gestreift, wenn die tatsächliche oder vermeintliche Auswirkung des Haftungsprivilegs auf Dritte oder Fragen der Billigkeit in den Vordergrund der Diskussion gestellt werden. Bezüglich der Drittschädigerfälle sei nur auf die Versuche hingewiesen, eine für den Dritten sachgerechte Lösung ohne dogmatisch verfehlte Einschränkungen des Haftungsprivilegs zu finden[89]. Auch der Hinweis auf die unterschiedliche Behandlung der Ehefrau und der Geliebten bei einem vom Ehemann bzw. Liebhaber verursachten Verkehrsunfall ist zwar besonders effektvoll, läßt aber die der Ehefrau im Gegensatz zur Geliebten zustehenden familienrechtlichen Ausgleichsmechanismen außer Betracht[90].

Da es sich bei § 1359 BGB um eine die ureigenste Sphäre der Ehepartner berührende Norm handelt, muß vor allem diese enge Personenbeziehung, d. h. die Ehe, Grundlage der Auslegung des Anwendungsbereiches des Haftungsprivilegs sein. Dabei genügt eine Berufung auf das Wesen der Ehe ohne Offenlegung der dem

---

87) Oben FN 47;

88) Gegen eine zu weit gehende schuldrechtliche Beurteilung familienrechtlicher Gegebenheiten wendet sich insbesondere Gernhuber, FamRZ 1959, 465, 469; kritisch zu diesem weit verbreiteten "Vertragsdenken" auch Hübner, FamRZ 1962, 1,6;

89) Vgl. die Lösungsversuche von Prölss, Medicus, Keuk und Larenz (FN 10);

90) Mit diesem Hinweis wenden sich insbesondere Böhmer, MDR 1965, 713 und Rother, Haftungsbeschränkung, S. 193 gegen eine Anwendung des § 1359 BGB im Straßenverkehr.

Wesensargument zugrundeliegenden Wertungen nicht[91], zumal über die dem Wesen der Ehe entsprechenden Sorgfaltsanforderungen die gegensätzlichsten Ansichten bestehen[92].

Ohne eigenen Aussagewert ist auch der ständig wiederkehrende Hinweis, § 1359 BGB erfasse sämtliche aus dem ehelichen Verhältnis fließende Verpflichtungen. Dieser lediglich den Gesetzestext wiederholende Begriff erlaubt, wie die verschiedenen Auffassungen zeigen, eine beliebige Ausdehnung des Pflichtenkreises, wobei sich die Einschränkungen wie "typisch" eheliche Pflichten ebenfalls keine größere Sicherheit gewinnen läßt[93], da auch dieser Begriff ausfüllungsbedürftig is

Aber auch die nicht näher begründete Gleichsetzung von ehelicher Lebensgemeinschaft und ehelichem Verhältnis und die hierauf beruhende umfassende Anwendung des § 1359 BGB kann nicht befriedigen. Nimmt man zu der Pflicht, für Leben und Gesundheit des Ehepartners zu sorgen, noch eine ähnlich pauschale Fürsorgepflicht für Vermögen und Eigentum hinzu, bleibt von der ersichtlich beschränkenden Funktion des § 1359 BGB nicht mehr viel übrig[94].

---

91) Scheuerle, AcP 163, 430 bezeichnet das Wesensargument als ein Kryptoargument, hinter dem sich andere, d. h. die eigentlichen Argumente verbergen. Vgl. zum Wesen der Ehe Gernhuber, Familienrecht, S. 21;

92) Z. B. weisen Staudinger-Hübner (§ 1359 Anm. 3) darauf hin, § 1359 BGB enthalte im Hinblick auf die Haftungsmilderung, da auf dem Wesen der Ehe beruhend, zwingendes Recht, während nach Dölle (I S. 686) dem Wesen der Ehe eine strenge Sorgfaltspflicht zwischen den Ehegatten entsprechen würde.

93) Vgl. z. B. die Auffassungen von Dölle (I S. 684) und Palandt-Lauterbach, (§ 1359 Anm. 1) die trotz des gemeinsamen Hinweises auf die Geltung für das gesamte eheliche Verhältnis zu einem unterschiedlichen Pflichtenumfang gelangen.

94) Eine derart weite Ausdehnung wird von Steingaß, VersR 1965, 551,552; Weimar, MDR 1959, 177; OLG Bremen, VersR 1964,644 vertreten.

Methodische Klarheit und eine hinreichende Fixierung des ehelichen Pflichtenkreises lassen sich nur durch eine Untersuchung des Verhältnisses von ehelicher Generalklausel und § 1359 BGB unter Berücksichtigung der beiden Normen jeweils zukommenden Funktionen erreichen, wobei die dem § 1359 BGB zukommende Funktion im wesentliche von dem Rechtsinstitut der diligentia quam in suis geprägt wird. Dieser, unabhängig von den jedem Dritten obliegenden allgemeinen Sorgfaltspflichten festzustellende eheliche Pflichtenbereich, wird weiterhin als horizontale Komponente des § 1359 BGB bezeichnet.

3. Allgemeine Verkehrspflichten und Haftungsprivileg als Problem der vertikalen Komponente des § 1359 BGB.

Ist das Vorliegen einer ehelichen Pflichtensituation unabhängig von allgemeinen Kriterien allein nach eherechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, und können eheliche und allgemeine Pflichten gleichzeitig gegeben sein, so kann sich aus der horizontalen Komponente für die Frage der Behandlung von Deliktsansprüchen zwischen Ehegatten keinerlei Anhaltspunkt ergeben. Die horizontale, eherechtliche Komponente bestimmt allein das Vorliegen einer ehelichen Verpflichtung und erschöpft sich darin.

Inwieweit die zur Erfüllung der ehelichen Verpflichtungen ausreichende Eigensorgfalt auch zum Ausschluß parallel verlaufender Deliktsansprüche genügt, ist somit allein ein Problem des Zusammentreffens von Verkehrssorgfalt und diligentia quam in suis.

Diesem Zusammentreffen beider Sorgfaltsmaßstäbe keinerlei Bedeutung beizumessen, heißt die vielfachen Verflechtungen von allgemeinen und ehelichen Pflichtensituationen verkennen, heißt das Haftungsprivileg weitgehend gegenstandslos machen[95]. Inkonsequent erscheint es, dieser Problematik allein bei vertraglichen Haftungsbeschränkungen Rechnung zu tragen, ihr aber im

---

95) Zutreffend weist Wilts (VersR 1964, 458) darauf hin, daß nahezu jedes auf den Ehepartner bezogene Verhalten unter ungünstigen Umständen einen deliktischen Erfolg haben kann.

Familienrecht keine Bedeutung beizumessen[96].

Geht man wie ein Großteil der Lehre von einer Angleichung der allgemeinen Sorgfaltspflichten an das Haftungsprivileg aus, kann hier im Bereich des § 1359 BGB eine dogmatische Klärung dieser Angleichung nicht dahingestellt bleiben[97]. Die Berücksichtigung der Haftungsmilderung etwa nur im Bereich des Verschuldens wirft die Frage auf, ob es zutreffend sein kann, dem Ehegatten eine von ihm auch sonst angewandte, von der Verkehrssorgfalt abweichende Verhaltensweise zuzubilligen, ihn gleichzeitig aber etwaigen Unterlassungs- oder Abwehransprüchen des Partners auszusetzen. Eine derartige Betrachtungsweise führt in die Nähe der zum Teil in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, § 1359 BGB bezwecke überhaupt keine Milderung der Sorgfaltsanforderungen, sondern schließe lediglich die Haftung aus[98]. Damit werden aber grundsätzliche Fragen der Rechtsfigur der diligentia quam in suis, ihrer Stellung im Fahrlässigkeitsbereich sowie ihrer Einordnung in den Gesamttatbestand berührt. Auf dieser Basis ist auch zu klären, inwieweit dem § 1359 BGB neben der Bestimmung des ehelichen Pflichtenkreises auch noch eine vertikale, allgemeine Pflichtenmaßstäbe modifizierende Komponente eigen ist.

Die horizontale und vertikale Komponente der Norm sind nur insoweit voneinander abhängig, als eine Modifizierung allgemeiner Sorgfaltspflichten nur im ehelichen Pflichtenrahmen erfolgen kann, von der Weite dieses Pflichtenrahmens also die Möglichkeit der Überlagerung von ehelicher und allgemeiner Pflichtensituation abhängt. Die grundsätzliche Frage einer vertikalen Komponente bestimmt sich aber allein nach dem Wirkungsbereich der

---

96) So Endemann und Heck, S. 21 FN 62;

97) Die Frage der zutreffenden dogmatischen Begründung meint Wilts (VersR 1964,458) offenlassen zu können.

98) OLG Hamburg, VersR 1958, 810 mit dem Hinweis auf parallele Situationen im Strafrecht. So sei etwa der Diebstahl unter Ehegatten straflos, ohne daß man daraus den Schluß ziehen dürfe, ein solcher Diebstahl wäre erlaubt. Im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, VersR 1959, 568;

diligentia quam in suis. Da dieser Wirkungsbereich auch für die Funktion und das Verständnis des § 1359 BGB überhaupt bestimmend ist, beginnt die Untersuchung mit der Rechtsfigur der diligentia quam insuis und dem Verhältnis zu den allgemeinen Verkehrspflichten.

2. Abschnitt

§ 1359 BGB und allgemeine Verkehrspflichten. Eine Frage der Qualifizierung und Einordnung der diligentia quam in suis.

Das Verhältnis von gemildertem Sorgfaltsmaßstab und allgemeinen Verkehrspflichten ist nicht nur für die ehelichen Beziehungen bedeutsam. Von den in diesem Zusammenhang nicht weiter interessierenden gesetzlichen Beschränkungen der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sowie den Möglichkeiten des § 276 Abs. 2 BGB abgesehen, sind es besonders die gleich dem § 1359 BGB nur die Einhaltung der Eigensorgfalt fordernden Normen, bei denen dieselbe Frage akut wird.

Da sich diese Gesetzesstellen nicht nur wegen des an der Einzelpersönlichkeit ausgerichteten Haftungsmaßstabes, sondern auch der Beschränkung des Anwendungsbereiches auf bestimmte Rechtsbeziehungen gleichen, könnte eine Untersuchung der zu diesen Fällen vertretenen Auffassungen zur Lösung der hier zu erörternden Problematik beitragen.

I. Die Behandlung des Problems in den haftungsmildernden Parallelvorschriften.

Bei Betrachtung dieser Frage in der einschlägigen neueren Literatur ist vor allem die schon kurz erwähnte Zäsur zwischen den haftungsmildernden Vorschriften des Schuldrechts (§§ 690, 708 BGB) einerseits und den familienrechtlichen Haftungsprivilegien (§§ 1359, 1664 BGB) andererseits, auffallend[1].

---

1) Oben S. 21/22. Die in § 2131 BGB statuierte Haftungsbeschränkung zwischen Vorerben und Nacherben in Ansehung der Verwaltung der Erbmasse soll hier unberücksichtigt bleiben da ihr keinerlei praktische Bedeutung zukommt (so zutreffe Rother, Haftungsbeschränkung S. 195) und in Literatur und Rspr. soweit ersichtlich kein Fall bekannt ist, in dem es Verhältnis von Vor- und Nacherben zu einem auch Deliktsansprüche umfassenden Rechtsstreit kam.

Was die §§ 690, 708 BGB anbelangt, so wird zwar auf das Verhältnis zu den Vorschriften des Deliktsrechtes bei Erörterung dieser Gesetzesstellen größtenteils nicht gesondert eingegangen. Wie sich aber aus den allgemeinen Ausführungen zur Konkurrenzlage von unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstäben ergibt, befürwortet die überwiegende Ansicht eine Anpassung des Deliktsanspruches an den individuellen Maßstab[2].

Dieser beinahe einhelligen Meinung steht die Behandlung derselben Frage im Familienrecht gegenüber. Auf die unterschiedlichen Auffassungen zu § 1359 BGB wurde schon hingewiesen[3]. Ähnliche Differenzen bestehen auch hinsichtlich des Zusammentreffens der den Eltern gegenüber dem Kind obliegenden Fürsorgepflichten mit der Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten.

Unter Berufung auf die zuvor schon grundsätzlich getroffene Feststellung, daß die Verletzung von familienrechtlichen Fürsorgepflichten bei gleichzeitiger Verletzung allgemeiner Verkehrspflichten den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen und die Verpflichtung zum Schadensersatz begründen könne[4], befaßte sich das Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1911[5] erstmals und, soweit ersichtlich auch das einzige Mal, mit der Wirkung des Haftungsprivilegs bei gleichzeitiger Verletzung von elterlicher Fürsorge- und allgemeiner Verkehrspflicht. Im konkreten Fall hatte die Verletzung der Für-

---

2) Enneccerus-Lehmann, S. 935; BGB-RGRK-Haager, Vor § 823 Anm. 27; Soergel-Siebert-Lindenmaier-Schräder, Vor § 823 Anm. 41; Larenz II, S. 475/476; Palandt-Thomas, Einf. v. § 823 3 d; Esser, Schuldrecht BT, S. 459/460;

3) Oben S. 20 ff.

4) RGZ 75, 251 (253);

5) RG JW 1912, 190 = Gruchot 56, 583 (585). Auch hier handelte es sich nicht um einen Schadensersatzanspruches des Kindes gegen den Vater, sondern um den Ausgleichsanspruchs einer Straßenbahngesellschaft, die dem Kind aus § 1 RHG vollen Ersatz gewährt hatte.

sorgepflicht zu einer vom Vater fahrlässig verursachten Körperverletzung des Kindes geführt. Auf die daraus resultierende deliktische Haftung des Vaters soll nach Ansicht des Reichsgerichts, allerdings ohne nähere Begründung, die Vorschrift des § 1664 BGB und damit der mildere Sorgfaltsmaßstab keine Anwendung finden.[6)]

In Anlehnung an diese Entscheidung verneint ein Teil der Lehre ebenfalls die Anwendung des Haftungsprivilegs bei Erfüllung eines Deliktstatbestandes durch die Eltern[7)].

In jüngster Zeit befaßt sich lediglich das Landgericht Freiburg, interessanter Weise anläßlich eines von einem Elternteil verursachten Verkehrsunfalles, mit diesem Problem. Danach wäre es unbillig, eine im Gesetz statuierte Minderung des Haftungsmaßstabes durch die Anwendung anderer Anspruchsgrundlagen zu umgehen, wobei noch besonders auf die mögliche Erweiterung der Haftung durch § 847 BGB hingewiesen wird[8)].

Gleich dem Landgericht Freiburg treten in der Literatur Gernhuber, Beitzke und Erman-Ronke für die Beurteilung einer Handlung nach dem milderen Maßstab ein, sofern in der Verletzung der elterlichen Fürsorgepflicht zugleich die Verletzung einer allgemeinen Pflicht liegt[9)], Gernhuber mit dem Argument, ein für eine Sonderverbindung gegebener milderer Haftungsmaßstab

---

6) Zum Konkurrenzverhältnis von milderem vertraglichem Anspruch und Deliktsansprüchen wird vom RG die gegenteilige Ansicht vertreten (Nachweise S. 20 FN 60).

7) Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, § 1664 Anm. 3; Soergel-Siebert-Lange, § 1664 Anm. 3; Dölle II, S. 165; Staudinger-Donau, § 1664 Anm. 6; unklar, aber wohl derselben Ansicht BGB-RGRK-Scheffer, § 1664 Anm. 3; ebenso Böhmer, MDR 1966, 648 (649);

8) LG Freiburg, VersR 1966,476 (477); hierzu kritisch Böhmer,a

9) Gernhuber, Familienrecht, S. 507; Beitzke, Familienrecht, S. 169 (beide jedoch mit grundsätzlichen Bedenken gegen die Vorschrift überhaupt); Erman-Ronke, § 1664 Anm. 4;

müsse die ihm unterworfenen Sachverhalte generell beherrschen.

Obgleich somit weder bei § 1664 BGB noch bei § 1359 BGB Einigkeit über die Anwendung des Haftungsprivilegs auf Deliktsansprüche besteht, wird wechselseitig eine Anpassung der jeweiligen Lösung an die vermeintlich zur andern Norm herrschenden Ansicht gefordert.

So meint das LG Freiburg, die Anwendung der diligentia quam in suis auch auf das Deliktsrecht sei bei der Parallelvorschrift des § 1359 BGB anerkannt. Deshalb sei - trotz der anderen Stellung des Kindes - eine abweichende Behandlung im Hinblick auf § 1664 BGB nicht gerechtfertigt[10].

Demgegenüber stellt Hauss fest, bei § 1664 werde auffälligerweise eine Anwendung des Haftungsprivilegs auf Körperverletzungen fast durchweg abgelehnt. Es liege daher nahe, die beiden familienrechtlichen Vorschriften einheitlich auszulegen, das Haftungsprivileg also weder im Eltern-Kindverhältnis noch bei § 1359 BGB eingreifen zu lassen[11].

Nun mag zwar eine einheitliche Auslegung beider familienrechtlicher Normen durchaus wünschenswert und dogmatisch zutreffend sein. Angesichts der bestehenden Meinungsverschiedenheiten genügt es aber nicht, nur auf die vermeintlich herrschende Auffassung zur Parallelnorm zu verweisen[12], zumal diese Ansicht insbesondere bei § 1664 BGB wie dargelegt lediglich auf einer die Problematik nicht näher erörternden Reichsgerichtsentscheidung beruht. Völlig außer acht gelassen wird dabei auch die fast einhellige Behandlung der §§ 690, 708 BGB, die auf eine

---

10) VersR 1966, 477;

11) Festschrift für Möhring, S. 357; vgl. auch Böhmer, MDR 1966, 648/649;

12) Zutreffend spricht Wilts (VersR 1967, 105/106) davon, daß bei dem Hinweis auf die gefestigte Auffassung zur Parallelnorm der Wunsch der Vater des Gedankens gewesen sei.

gegenteilige Auslegung des § 1664 BGB und somit auch der eherechtlichen Parallelvorschrift hindeuten könnte.

Klarheit kann hier nur eine systematische, vom jeweiligen Gesetzestext ausgehende Untersuchung bringen[13]. Dem Wortlaut der auf der Rechtsfigur der diligentia quam in suis basierenden Gesetzesstellen ist nur die Geltung des gemilderten Haftungsmaßstabes innerhalb bestimmter Rechtsbeziehungen zu entnehmen. Neben dem ehelichen Verhältnis in § 1359 BGB bilden die elterliche Fürsorgepflicht in § 1664 BGB sowie die sich aus dem Verwahrungsvertrag bzw. dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Verpflichtungen die Grenzen des Bereiches, innerhalb dessen die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt genügt.

Aus dieser Beschränkungsfunktion ergibt sich dem Wortsinn nach einmal, daß Pflichtverletzungen, die sich nicht unter die besonders hervorgehobene Pflichtensituation subsumieren lassen, nicht dem milderen Sorgfaltsmaßstab unterliegen. Es besteht somit für jeden der Anwendungsfälle der diligentia quam in suis eine Grenze, wo der spezielle Pflichtenrahmen seine Wirkung verliert und die gegenüber jedermann obliegenden Sorgfaltspflichten keine Modifikation mehr erfahren können. Insoweit bildet der eindeutige Gesetzeswortlaut die Grenze der Auslegung[14].

Dem Wortsinn der einzelnen Normen nicht mehr zu entnehmen ist die Frage des Zusammentreffens von spezieller und allgemeiner Verpflichtung. Daraus könnte ein zweifaches gefolgert werden: Da über das Deliktsrecht in den einzelnen Gesetzesstellen nicht ausgesagt ist, wird es von dem milderen, eine Ausnahmeregelung bildenden Sorgfaltsmaßstab nicht erfaßt, ist also weiterhin nach an der Verkehrssorgfalt ausgerichteten Kriterien zu be-

---

13) Auf den Gesetzestext als Ausgangspunkt der Auslegung weist Larenz (Methodenlehre, S. 301) hin.

14) Larenz, a.a.O., S. 303/304;

urteilen. Mit dem Wortsinn zu vereinbaren ist aber auch die Deutung, den milderen Haftungsmaßstab im gesamten Bereich der speziellen Pflichtenmaterie und daher auf alle gleichzeitig verletzten Pflichtenlagen anzuwenden.

Da der Wortsinn bei sämtlichen Anwendungsfällen der diligentia quam in suis kein eindeutiges Auslegungskriterium darstellt, werden beide Alternativen durch den Gesetzestext und damit der Autorität des vom Gesetzgeber Angeordneten gedeckt[15]. Was dem Gesetzgeber bei der Regelung des Haftungsprivilegs wirklich vorschwebte, könnte sich aus einer Untersuchung der Gesetzesmaterialen ergeben.

II. Die Auffassung des BGB-Gesetzgebers.

Aus den Gesetzesmaterialen sind wohl die grundsätzlichen Erwägungen zu entnehmen, von denen sich der Gesetzgeber bei Aufnahme des aus dem römischen Recht hervorgegangenen Sorgfaltsmaßstabes der diligentia quam in suis in das BGB jeweils leiten ließ[16]. Über das Verhältnis dieser Haftungsbeschränkung zu der das Deliktsrecht beherrschenden Verkehrssorgfalt oder den allgemeinen Sorgfaltspflichten überhaupt findet sich weder zu § 1359 BGB noch den übrigen einschlägigen Normen eine Aussage.

Zwar wird in den Materialen zum 1. Entwurf des BGB eine Über-

---

15) Larenz, Methodenlehre, S. 304;

16) Zu § 690 BGB vgl. Mugdan II, Protokolle S. 968/969; zur Haftungsbeschränkung zwischen den Gesellschaftern Mugdan II, Motive S. 15; Protokolle S. 984/985; bezüglich des Eltern-Kindverhältnisses Mugdan IV, Protokolle S. 984 und zur Beschränkung der Vorerbenhaftung Mugdan V, Protokolle S. 587; die für die Haftungsbeschränkung im Verhältnis der Ehegatten untereinander ausschlaggebenden Gründe sind später ausführlich zu erörtern.

nahme der Regelung des oldenburgischen Gesetzes vom 24.4.1873 - Art. 34 -,wonach auch andere, nur in Veranlassung der Ehe begründete vermögensrechtliche Verhältnisse nach dem milderen Sorgfaltsmaßstab zu beurteilen waren, abgelehnt[17]. Diese Auffassung kann aber nur richtig gewürdigt werden, wenn man sie mit dem Hinweis in den Protokollen vergleicht, wonach der gewöhnliche rechtsgeschäftliche Verkehr der Ehegatten untereinander nach der in diesem Verkehr üblichen Sorgfalt stattzufinden hat[18]. Damit sollte ersichtlich nur klargestellt werden, daß "gewöhnliche", von der ehelichen Pflichtensituation nicht beeinflußte Rechtsgeschäfte der Ehegatten nicht dem Haftungsprivileg zu unterwerfen sind; über parallel verlaufende allgemeine Sorgfaltspflichten, insbesondere auf dem Gebiete des Deliktsrechtes, ist nichts ausgesagt. Die Ausführungen betreffen nur die den horizontalen Umfang des ehelichen Pflichtenkreises absteckende Komponente des § 1359 BGB.

Die Unergiebigkeit der Gesetzesmaterialen läßt folgenden Deutungen Raum: Der Gesetzgeber könnte, da die diligentia quam in suis dem gemeinen Recht entstammt, eine fest fundierte, die ausdrückliche Regelung überflüssig machende Auffassung vorgefunden haben. Oder aber durch die Wahl einer neutralen, nach sämtlichen Möglichkeiten hin offenen Fassung der Gesetzesstellen sollte die Lösung des streitigen, noch nicht ausgetragenen Problems Rechtsprechung und Literatur überlassen werden.

Daß der Gesetzgeber die Problematik übersehen haben könnte, erscheint angesichts der Tatsache, daß von Mutzenbecher[19] im Jahre 1896 von einer "vielverhandelten Kontroverse" spricht, wenig wahrscheinlich. Aber auch von einem ausgetragenen Proble kann nicht die Rede sein, waren sich doch die Autoren zur Zeit der Entstehung des BGB über die Auswirkungen einer gesetzliche

---

17) Mugdan IV, Motive S. 64;

18) Mugdan IV, Protokolle S. 742;

19) Beiträge zu der Lehre von der culpa in concreto, S. 32, unter besonderem Hinweis auf die Streitfrage bezüglich der diligentia quam in suis.

bzw. vertraglichen Haftungsmilderung auf die lex aquilia keineswegs einig.

So geht es nach Hasse-v.Bethmann-Hollweg[20] und Sander[21] nicht an, aquilisch für jede Sachbeschädigung zu haften, dort aber, wo man zu den Beschädigten sogar noch in einem Pflichtenverhältnis stehe, milder beurteilt zu werden als ohne dieses.

Ausgehend von dem, von ihm als dogmatisch zutreffend anerkannten Einfluß der vertraglich ausbedungenen Haftungsmilderung auf die aquilische Haftung muß dagegen nach Pernice dasselbe gelten, wenn eine gesetzliche Haftungsmilderung vorliegt[22].

Waren dem BGB-Gesetzgeber Kontroverse und Problematik des Verhältnisses von Haftungsmilderung und Deliktsrecht bekannt, hat er aber dennoch keine Regelung getroffen, kann nur eine dogmatisch-systematische, den Sinn und Zweck des Haftungsprivilegs berücksichtigende Interpretation weiterführen.

III. Die Stellung der diligentia quam in suis im Fahrlässigkeitsbereich.

Aus dem Zusammentreffen von allgemeinem und am Individuum ausgerichtetem Sorgfaltsmaßstab lassen sich dogmatisch fundierte Folgerungen nur ziehen, wenn das Verhältnis beider Maßstäbe geklärt ist. Der Gesetzgeber hat mit dem beschränkenden "nur" und der Ausklammerung grob fahrlässigen Verhaltens zwar allgemeine Richtlinien gesetzt, über die Einordnung der diligentia quam in suis in den Fahrlässigkeitsbereich aber keine Aussage getroffen. Dementsprechend wird sowohl hinsichtlich der syste-

---

20) Die culpa des römischen Rechtes, S. 136;
21) Ein Beitrag zu der Lehre von der diligentia quam in suis, S. 11;
22) Labeo II, S. 371 Anm. 40; ebenso v.Mutzenbecher, a.a.O.,S.34;

matischen Stellung zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit als auch der qualitativen Beurteilung des an der Individualität ausgerichteten Maßstabes ein breites Spektrum von Ansichten vertreten.

Da es in neuerer Zeit keine ausreichenden Untersuchen dieses Fragenkomplexes gibt, vielmehr immer wieder - auch in den Gesetzesmaterialen - der gemeinrechtliche Ursprung der Rechtsfigur hervorgehoben wird, ist zuerst die Herkunft und Anwendungsweise in den römischen Quellen zu untersuchen und zu prüfen, ob sich aus der Entstehungsgeschichte sowie der späteren Handhabung Hinweise auf die systematische Stellung ergeben.

1. Die Bedeutung der diligentia quam in suis im römischen Recht.

Der Begriff der diligentia quam in suis wird zuerst bei Celsus[23] für die Tutel und bei Gaius[24] für die Sozietät gebraucht. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß der Rechtsfigur in diesen frühen Anwendungsfällen eine haftungsverschärfende Funktion zukommt, und zwar wird die in diesen Verhältnissen vorherrschende dolus-Haftung verschärft[25]. Diese Haftungsverschärfung beruht auf dem Gedanken, daß, wer aus einer gemeinsamen Gefahr die eigenen Sachen rettet, die ihm anvertrauten fremden Sachen aber verderben läßt, einem vor-

23) D.16.3.32

24) D.17.2.72

25) Mitteis, Römisches Privatrecht, S. 332;

sätzliche Handelnden gleichzusetzen ist[26].

Demgegenüber findet die diligentia quam in suis in jüngerer Zeit bei Ulpian und Paulus für die Sachgemeinschaft und Haftung des Ehemannes im Sinne einer Haftungsbeschränkung Verwendung. Dabei ist aber zu beachten, daß in diesen Verhältnissen Diligenzhaftung schlechthin bestanden hat und sich die diligentia quam in suis als eine Erleichterung dieser Diligenzhaftung darstellt[27]. Diese Trennung in eine haftungserweiternde Funktion bei bloßer dolus-Haftung und haftungsbeschränkender Funktion bei Diligenzhaftung wurde jedoch nicht einheitlich durchgeführt. So deutet z. B. Justinian beim Vormund[28] und Ehemann[29] den Maßstab bisweilen auch in eine Pflicht zur äußersten Sorgfalt um[30].

Der vielschichtige Anwendungsbereich der diligentia quam in

---

26) Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, S. 144. Neben der Tutel und der Sozietät galt nach Kaser diese Haftungsverschärfung auch noch für die Gemeinschaft (D.10.2.25.16) und den Verwahrer (D.16.3.32); Mitteis, Römisches Privatrecht, S. 333, wonach die Zurücksetzung fremder Angelegenheiten gegenüber den eigenen als unehrlich angesehen wurde. Anzumerken ist hierzu noch, daß dieser Haftungsgedanke auch im frühen deutschen Recht zu finden ist. Vgl. Planitz, Grundzüge der deutschen Privatrechts, S. 99: "Waren in der Gewere des Schuldners nur Sachen des Geschädigten verbrannt, nicht zugleich solche des Schuldners selbst, so blieb dieser herausgabepflichtig; aus der Verschonung der eigenen Sache schloß man, daß der Brand nicht als Unglück zu werten sei."

27) Mitteis, a.a.O., S. 332;

28) D.17.3.1

29) D.23.3.17

30) Vgl. Kaser, a.a.O., S. 144;

suis im römischen Recht wirkt sich auch auf die dogmatische Einordnung aus[31]. Allgemein anerkannt ist jedoch, daß es sich um keinen ursprünglichen Begriff, um kein "vorbereitendes Stadium", sondern um eine "in das bereits vorhandene System der culpa lata und culpa levis hineingetragene Neuerung" handelt[32].

Unter Berücksichtigung dieser nachträglichen Einordnung in das vorgefundene System wird, abgesehen von Mitteis[33], der die Rechtsfigur in ihrer haftungsbeschränkenden Funktion der Diligenzhaftung, in ihrer haftungserweiternden der reinen dolus-Haftung zurechnet, die Eigensorgfalt überwiegend zwischen der leichten und groben Fahrlässigkeit eingeordnet und teils als Zwischenstufe[34], teils als Unterart[35] der Fahrlässigkeit bezeichnet[36].

Eine derartige Einordnung der Rechtsfigur ist schon frühzeitig auf Bedenken gestoßen. Nach Weyl handelt es sich bei der groben Fahrlässigkeit und der diligentia quam in suis nicht nur um Unterbegriffe der Fahrlässigkeit, vielmehr seien die Fahrlässigkeit einerseits (mit dem Hauptfall der gewöhnlichen und dem Unterfall der groben) und die diligentia quam in suis einander nebengeordnete Begriffe und beide Unterfälle der Außerachtlassung der Sorgfalt[37]. Neuerdings lehnt auch

---

31) Rother (Haftungsbeschränkung S. 196) spricht in diesem Zusammenhang von einer "absonderlichen dogmatischen Struktur"

32) So von Mutzenbecher, Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto; Pernice, Labeo II, S. 365; Mitteis, Römisches Privatrecht, S. 332;

33) a.a.O., S. 332;

34) Endemann I, S. 643;

35) von Hagen, Die sog. culpa in concreto, S. 3,10,11;

36) Vgl. hierzu auch Rother (a.a.O.,S.185), wonach die diligentia quam in suis den Zwischenraum zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ausfüllt. Nach Esser (Schuldrecht AT S. 250) ist sie zusammen mit der groben Fahrlässigkeit eine besondere Abstufung des Fahrlässigkeitsverschuldens.

37) System der Verschuldensbegriffe, S. 289;

Hoffmann[38] diese überkommene Auffassung ab und bezeichnet die Rechtsfigur, da sie nicht auf dem Gesichtspunkt der Abstufung der Intensität von Sorgfaltspflichtsverletzungen beruhe, als ein aliud.

Neben dieser Problematik ist des weiteren nach der Stellung der diligentia quam in suis im Hinblick auf den objektiven bzw. subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff zu fragen. Zwar wird der an der Einzelpersönlichkeit ausgerichtete Maßstab fast durchweg als individueller, subjektiver Maßstab bezeichnet[39]. Ob es sich dabei aber wirklich um einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff im Sinne der von den Subjektivisten zu § 276 Abs. 1 BGB vertretenen Auffassung handelt, erscheint schon angesichts des Gesetzestextes zweifelhaft. Deutsch[40] weist zutreffend darauf hin, die diligentia quam in suis unterscheide sich sowohl von dem objektiv-typisierten als auch dem subjektiv-individuellen Fahrlässigkeitsbegriff, denn die inidviduell mögliche Sorgfalt hebe sich von der eigenüblichen deutlich ab.

Trotz der ehrwürdigen Tradition der diligentia quam in suis oder gerade deshalb, befindet sich noch vieles in der Schwebe und bedarf der Klärung, zumal von kritischen Betrachtern der Rechtsfigur zum Nachweis des zweifelhaften Gerechtigkeitscharakters besonders auf den im Laufe der Zeit durchgemachten Strukturwandel hingewiesen wird[41].

Diese Umwandlung von einem Haftungsausdehnungs- zu einem Haf-

---

38) Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, S. 179;

39) Wendt, AcP 87, 439; Endemann I, S. 644; Enneccerus-Nipperdey II, S. 1312; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, § 277 Anm. 1; Larenz, Schuldrecht I, S. 231; Esser, Schuldrecht AT, S. 251; Palandt-Danckelmann-Heinrichs, § 277 Anm. 3;

40) Abschied von der culpa in concreto, JuS 1967, 496 (497);

41) Rother, Haftungsbeschränkung S. 186;

tungsbeschränkungsprinzip hatte jedoch weder für die Beurteilung der Rechtsfigur im römischen Recht Bedeutung, noch für die heutige Auslegung irgendwelchen Aussagewert, Sowohl in den Fällen, in denen im römischen Recht nur für dolus gehaftet, die Verletzung der Eigensorgfalt also haftungsverschärfend wirkte, als auch dann, wenn für jede Fahrlässigkeit einzustehen war, die Haftung also durch die diligentia quam in suis beschränkt wurde, schloß ein der Eigensorgfalt entsprechendes, nicht doloses Verhalten die Haftung aus. Eine Einhaltung der Eigensorgfalt fand also immer dieselbe Bewertung.

Aber auch die Nichteinhaltung der Eigensorgfalt führte zu derselben Rechtsfolge, nämlich der Haftung für den Schaden, sei es nun bei der ursprünglichen Haftungsverschärfung als auch bei der späteren Haftungsmilderung.

Daß sich dieses Einstehenmüssen zum einen als haftungsverschärfend, zum andern als haftungsmildernd darstellte, lag somit nicht an der Rechtsfigur der diligentia quam in suis und deren Struktur, sondern an dem für jedermann gültigen Haftungsmaßstab. Wurde nur eine geringe Sorgfalt verlangt, wirkte sich die Nichteinhaltung der in eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt verschärfend, bei einer Haftung für jede Fahrlässigkeit mildernd aus. Vergleichsmaßstab war aber immer das eigene, nicht dolose Verhalten.

Aus diesem nur scheinbaren Bedeutungswandel läßt sich somit hinsichtlich der Einordnung der diligentia quam in suis lediglich der Schluß ziehen, daß sie unabhängig von der groben Fahrlässigkeit gehandhabt wurde; die ihr im BGB zukommende Haftungsbeschränkungsfuktion läuft dem ursprünglichen Wesen der Rechtsfigur nicht zuwider.

2. Die diligentia quam in suis im BGB - ein Parallelbegriff zur leichten Fahrlässigkeit.

a. Kein gradueller Unterschied zwischen leichter Fahrlässigkeit und diligentia quam in suis.

Nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die heute als herrschend zu bezeichnende Auffassung geht von einem objektiven, nach Verkehrskreisen abgestuften Sorgfaltsmaßstab aus. Es wird auf die individuellen Fähigkeiten des einzelnen keine Rücksicht genommen, jedoch eine allgemeine Auflockerung des objektiven Maßstabes nach dem Standard einer bestimmten Gruppe durchgeführt[42].

Daneben kennt das BGB noch den Begriff der groben Fahrlässigkeit, der jedoch im Gesetz nicht definiert ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Verhalten grob fahrlässig, bei dem die im Verkehr erforderliche Sorgfalt "in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden und das unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Falle jedem einleuchten mußte".[43]

Der dritte in diesem Zusammenhang interessierende Begriff, die diligentia quam in suis, wird im Gesetz so definiert, daß "wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eige-

---

42) Vgl. z. B. RGZ 95,17; 127,315; 152,240; ebenso BGH LM 1 zu § 828; 2 zu § 276; BGHZ 24,27; 39,281; Rümelin, Verschulden, S. 49; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, II S. 155/156; Heck, Schuldrecht, S. 76 ff.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, § 276 Anm. 14 ff.; Larenz, Schuldrecht I, S. 222/223; Palandt-Danckelmann-Heinrichs, § 276 Anm. 4 b; eingehend zu dieser Frage Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 22 ff.;

43) BGH VersR 1959, 370 (371); sachlich übereinstimmend RGZ 141, 129 (131); 166, 98 (101 f); BGHZ 10, 69 (74); BGH LM, § 932 Nr. 9; § 277 Nr. 1;

nen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht befreit ist" (§ 277 BGB). Aus dem Gesetzeswortlaut läßt sich schon ein zweifaches entnehmen: Erstens bildet die grobe Fahrlässigkeit die obere Grenze für die Anwendung der diligentia quam in suis. Ein Verhalten, bei dem die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt wurde, ist immer grob fahrlässig mit allen daraus resultierenden Folgen, gleichgültig, ob es der vom Schädiger sonst geübten Eigensorgfalt entsprochen hat oder nicht.
Zweitens ergibt die Tatsache, daß nur für diejenige Sorgfalt einzustehen ist, die in eigenen Angelegenheiten angewendet zu werden pflegt, die untere Begrenzungslinie der diligentia quam in suis. Nur insoweit das Verhalten auch eine Verletzung des objektiven, nach Verkehrskreisen ausgerichteten Sorgfaltsmaßstabes des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellt, ist es rechtlich und auch im Hinblick auf eine mögliche Haftungserleichterung relevant. Verstößt der Schädiger gegen die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt, ist dieser Sorgfaltsverstoß aber, da es sich um einen besonders tüchtigen und sorgfältigen Mann handelt, nicht auch gleichzeitig eine Verletzung der Verkehrssorgfalt, so liegt das Verhalten nicht innerhalb der dem § 277 BGB durch den Gesetzeswortlaut gezogenen Grenzen. Die einfache Fahrlässigkeit und die diligentia quam in suis liegen somit im selben, objektiv zu bestimmenden Sorgfaltsbereich.
Aus diesen der Rechtsfigur vom BGB-Gesetzgeber ausdrücklich gezogenen Grenzen resultiert hinsichtlich des Anwendungsbereichs folgende Automatik:
Eine grobe Verletzung der Verkehrssorgfalt macht immer ersatzpflichtig, unabhängig von der Einhaltung oder Verletzung der Eigensorgfalt.
Liegt eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und eine gleichzeitige der Eigensorgfalt vor, ist der Schädiger ebenfalls ersatzpflichtig.
Wurde durch leicht fahrlässiges Handeln ein Schaden verursacht, entspricht dieses Handeln aber der in eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt, entfällt die Ersatzpflicht.

Hält der Schädiger zwar nicht die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt ein, liegt das Verhalten aber noch innerhalb der verkehrserforderlichen Sorgfalt, erwächst dem Schädiger ebenfalls keine Verpflichtung zum Schadenersatz.
Damit der Schädiger ersatzpflichtig wird, müssen also von seiner Seite zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Handlung muß einen Verstoß gegen den objektiv-typisierten, für jedermann geltenden Sorgfaltsmaßstab darstellen, zugleich muß noch die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt verletzt worden sein.

Das bedeutet für die Einordnung der diligentia quam in suis: Im Verhältnis zur groben Fahrlässigkeit ist eine scharfe Trennungslinie gezogen, ein grob fahrlässiges Verhalten verpflichtet immer zum Schadenersatz. Wie zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit besteht auch zwischen letzterer und der diligentia quam in suis ein gradueller Unterschied. Da die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der Eigensorgfalt auf die grobe Fahrlässigkeit keinen Einfluß ausüben kann, stehen beide Rechtsfiguren selbständig nebeneinander.

Demgegenüber ist die Abhängigkeit der diligentia quam in suis von der objektiv-typisierten Verkehrssorgfalt klar zu erkennen. Nur wenn ein Verstoß gegen diese Verkehrssorgfalt also leicht fahrlässiges Verhalten gegeben ist, gewinnt § 277 BGB überhaupt Bedeutung, und zwar in der Hinsicht, daß überall dort, wo das Gesetz nur die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt verlangt, eine doppelte Prüfung stattzufinden hat. Es ist nicht wie üblicherweise nur der Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab zu untersuchen, sondern zusätzlich nach der Einhaltung der Eigensorgfalt zu fragen.

Kann somit bezüglich des Verhältnisses von leichter und grober Fahrlässigkeit von einer Abstufung des Sorgfaltsmaßstabes nach der Intensität der Sorgfaltspflichtverletzung gesprochen werden, so trifft das im Verhältnis von leichter Fahrlässig-

keit und diligentia quam in suis nicht zu. Da in beiden Fällen derselbe, im Rahmen der leichten Fahrlässigkeit liegende Sorgfaltsverstoß gegeben ist, muß auch der Intensitätsgrad der Pflichtverletzung einheitlich sein, so daß zwischen beiden Maßstäben kein gradueller Unterschied besteht.

Die von Weyl und Hoffmann geäußerten Bedenken an der Klassifizierung der diligentia quam in suis als einer Unterstufe bzw. Abstufung des Fahrlässigkeitsverschuldens[44] sind daher im Ansatz zutreffend, hinsichtlich der Folgerungen jedoch nicht ganz überzeugend. Verkannt wird vor allem die Abhängigkeit der diligentia quam in suis von der leichten Fahrlässigkeit. Da ein leicht fahrlässiges Verhalten notwendige Voraussetzung und Durchgangsstadium des § 277 BGB darstellt, kann es sich bei der Norm im Verhältnis zur Verkehrssorgfalt um kein aliud handeln, beide fließen vielmehr ineinander über.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Die diligentia quam in suis ist ein aus zwei Komponenten zusammengesetzter Fahrlässigkeitsbegriff. Diese beiden Komponenten - eine objektive und eine noch näher zu bestimmende, am Individuum ausgerichtete - müssen beide vorliegen, um eine Rechtsfolge herbeiführen zu können. Da ber, auch wenn beide Komponenten vorhanden sind, die Sorgfaltsverletzung immer dieselbe, nämlich ein Verstoß gegen die Verkehrssorgfalt, bleibt, haben beide Fahrlässigkeitsarten denselben Intensitätsgrad. Sie liegen parallel auf einer Stufe und können, bei entsprechend schwerem Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten, in die höhere Stufe der groben Fahrlässigkeit einmünden.

---

44) Oben S. 44/45;

b. Beschränkt subjektiver Zurechnungsmaßstab.
Die Fahrlässigkeit ist Zurechnungsgrund, und Zurechnung bedeutet in diesem Zusammenhang die Erklärung, daß eine Person für ein Verhalten oder einen Erfolg im Hinblick auf eine Rechtsfolge verantwortlich ist; sie ist die Abgrenzung des verantwortlichen Verhaltens vom zufälligen Geschehen[45].

Diese Abgrenzung wird für den in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB niedergelegten allgemeinen Sorgfaltsmaßstab teils auf subjektiver, teils objektiver Grundlage durchgeführt; nach subjektiven bzw. objektiven Merkmalen werden dabei die für die Sorgfalt vorausgesetzten Fähigkeiten bestimmt, deren Außerachtlassung eine Rechtsfolge nach sich zieht.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der subjektiven bzw. den verschiedenen objektiven Theorien ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich und für die anstehende Problematik auch nicht erforderlich. Für die hier interessierende Inhaltsbestimmung der diligentia quam in suis genügt eine kurze Darstellung der Ausgangspositionen beider Theorien[46].

Die Vertreter einer subjektiven Zurechnung gehen von der individualistischen Existenz des Mensch aus; diese ist voll zu berücksichtigen, d. h. eine Tatbestandsverwirklichung kann nur dann zugerechnet werden, wenn sie aufgrund der physischen, intellektuellen und emotionalen Fähigkeiten erkannt werden konnte oder mußte.[47]

Demgegenüber steht für die Anhänger der objektiven Theorie der Mensch in seiner kollektivistischen Existenz im Vordergrund; von der Individualität des Handelnden, seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten wird abgesehen, "einer von der Individualität abstrahierten Person wird zugerech-

---

45) Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, S. 60 ff.; Schuldrecht I, S. 155 f.;
46) Näheres hierzu Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 23 f.;
47) Deutsch, a.a.O., S. 65; Larenz, Festschrift f.Wilburg, S.123;

net".[48]

Dem Wortlaut nach scheint der Gesetzgeber bei der diligentia quam in suis von einer subjektiven, die Individualität berücksichtigenden Zurechnung auszugehen. Dieser Wortlaut ist es auch, der die überwiegende Meinung in § 277 BGB eine Form rein subjektiver Zurechnung sehen läßt[49]. Wie aber bei der systematischen Einordnung der Rechtsfigur dargelegt, kommt dieser Sorgfaltsmaßstab nur innerhalb des durch den, nach h. L. objektiven Fahrlässigkeitsbegriff abgesteckten Rahmen zur Entfaltung. Damit eine Handlung oder ein Erfolg überhaupt dahingehend überprüft werden können, ob die Eigensorgfalt eingehalten wurde, ist zuerst die Untersuchung erforderlich, inwieweit die Verkehrssorgfalt verletzt worden ist. Es kann sich daher um keine Form rein subjektiver Zurechnung handeln, es muß vielmehr zumindest eine der Komponenten der diligentia quam in suis nach objektiven Gesichtspunkten bestimmt werden.

Dies schließt aber noch nicht aus, daß es sich um eine Form der subjektiven Zurechnung handelt. Auch von Vertretern der subjektiven Theorie wird teilweise ein doppelter Maßstab angewandt. Nach von Tuhr, dessen Lehre eine Zusammenfassung der verschiedenen, im Bereich der subjektiven Zurechnung einen doppelten Maßstab vertretenden Auffassungen darstellt, ist die Sorgfalt das von einem vernünftigen und ordentlichen Menschen unter den gegebenen Umständen als erforderlich angesehene äußere oder innere Verhalten. Das Außerachtlassen dieser Sorgfalt könne dem Täter aber nur insoweit als Verschulden angerechnet werden, als er nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten imstande gewesen sei, das Erforderliche zu erkennen und zu leisten. Das Verschulden könne nur auf einem

---

48) Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, S. 94; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 65;
49) Vgl. oben FN 39;

Fehler des Willens beruhen[50].

Der im Bereich der subjektiven Zurechnungslehre vertretene doppelte Sorgfaltsmaßstab unterscheidet also zwischen objektiv erforderlicher und subjektiv möglicher Sorgfalt. Diese objektive Komponente ist auch der diligentia quam in suis eigen. Fraglich bleibt jedoch, ob auch die zweite Komponente vorhanden ist und somit eine Zurechnung immer nur dann erfolgen kann, wenn der Täter erkennen konnte oder mußte, daß er die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt im konkreten Fall nicht eingehalten hat.

Mit der Sorgfalt, die vom Verpflichteten in eigenen Angelegenheiten angewendet zu werden pflegt, stellt der Gesetzgeber auf das gewohnheitsmäßige Verhalten ab und erhebt dieses zum Vergleichsmaßstab[51]. Dabei braucht es sich nicht um genau dieselbe Situation handeln, der sich der Verpflichtete in dem besonderen Rechtsverhältnis gegenüber sieht. Vielmehr genügen vergleichbare Handlungsweisen; teilweise wird auch auf das üblicherweise an den Tag gelegte Gesamtverhalten abgestellt[52].

---

50) Von Tuhr, AT Bd. II 2, S. 487 ff.; näher hierzu Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 127;

51) Hasse-v. Bethmann-Hollweg, Die culpa des röm. Rechts, S.139; Hesse, AcP 61,221; Sander, Ein Beitrag zur Lehre von der dil. quam in suis, S. 10; v.Hagen, Die sog. culpa in concreto S. 13; Weyl, System der Verschuldensbegriffe, S. 284; BGB-RGRK-Nastelski, § 277 Anm. 1; Staudinger-Werner, § 277 Anm.3;

52) Recht plastisch wird dies von Weyl, a.a.O., S.286 dargestellt: "... derjenige, welcher einen fremden Kanarienvogel unentgeltlich in Pflege nimmt, (wird) sich wohl darauf berufen können, daß er selber zwar noch keinen Kanarienvogel gehalten habe, aber mit seinem Papagei bzw. mit seinem Hund auch nicht sorgsamer umgehe, und wenn er überhuapt niemals ein Tier gehalten, kann ... er sich auf die Aufbewahrung lebloser Dinge berufen." Vgl. auch Sander, a.a.O.; Deutsch,a.a.O. S. 316 Anm. 65; S. 374;

über die an dieses gewohnheitsmäßige Verhalten im Einzelfall zu stellenden Anforderungen sind die Auffassungen nicht einheitlich. Nach einer vorwiegend zum gemeinen Recht und im älteren Schrifttum zum BGB vertretenen Ansicht müssen gewöhnliches und eigenmögliches Verhalten identisch sein.

Unter Berufung auf die Interessenlage bei den einzelnen Anwendungsfällen der diligentia quam in suis und der darauf basierenden Interessenkollission handelt nach Thibaut und Treitschke der Verpflichtete von vornherein nach dem vollen Maß seiner individuellen Kräfte und tue zur Wahrnehmung seiner Interessen, was in seinem Vermögen stehe[53]. Eine subtilere Aufschlüsselung wird von Hesse durchgeführt. Danach soll der Verpflichtete so genommen werden, wie er sich im eigenen Hauswesen darstellt an Einsicht, Vorsicht und Tätigkeit. Das Gesamtbild des Mannes, seine Einsicht, Gefahr zu erkennen und Mittel der Abwehr zu finden, komme in Frage[54].

Diese erkennbar rein subjektive, an den Fähigkeiten und Möglichkeiten des Verpflichteten ausgerichtete Betrachtungsweise führt - wie Hesse bemerkt - dazu, daß die diligentia quam in suis nur als Nachsicht für weniger einsichtige und energische Menschen, nicht aber als Hintertür und Lotterbett für den Leichsinn und die Nachlässigkeit einsichtiger, tüchtiger und energischer Männer aufgefaßt werden kann.

Eine Variante der subjektiven Auffassung vertritt in jüngster Zeit Döpp, der unter Hinweis auf das Wort "Sorgfalt" ausführt, das Gesetz spreche nicht von Liderlichkeit, Nachlässigkeit oder individueller Sorglosigkeit. Derartige Verhaltensweisen könnten nie zu einem Haftungsausschluß führen; im Rahmen der diligentia quam in suis sei nur das Können, die Einsichtsfähigkeit des einzelnen wie im Strafrecht zu beurteilen[55].

---

53) Thibaut, AcP 9, 95; Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft, S. 221;

54) Hesse, AcP 61, 221;

55) Döpp, JR 69, 15;

Dagegen wird von der Mehrheit unter dem gewohnheitsmäßigen Verhalten eine Verhaltensweise verstanden, die nicht den intellektuellen und körperlichen Fähigkeiten zu entsprechen braucht, sondern durchaus hinter diesen Möglichkeiten und, damit das Haftungsprivileg wirksam wird, auch hinter der Verkehrssorgfalt zurückbleiben kann[56]. Diese Privilegierung des mit durchschnittlichen oder gar überdurchschnittlichen Fähigkeiten versehenen Verpflichteten ermöglicht es demselben, wie es Rother[57] drastisch formuliert, "aus seiner allgemeinen und notorischen Nachlässigkeit die Befreiung von der Haftung in besonderen Fällen herzuleiten".

Für die Beurteilung der Verhaltensweise des vom Haftungsprivileg Begünstigten ist daher nicht die eigenmögliche, sondern die eigenübliche Sorgfalt maßgebend[58]. Dies führt zu einer Besserstellung desjenigen, der trotz durchschnittlicher Fähigkeiten ein nachlässiges Verhalten an den Tag legt. Dessen Handlungsspielraum wird vergrößert, während minder Fähige in den nur die Eigensorgfalt erfordernden Fällen lediglich im Hinblick auf die Folgen besser gestellt werden, während ihr normaler, von ihren Fähigkeiten geprägter Bewegungsraum unberührt bleibt.

Neben der deutlich zu erkennenden Abweichung vom objektiven, nur Verkehrskreise berücksichtigenden Sorgfaltsmaßstab unterscheidet sich diese zweite Komponente der diligentia quam in suis also auch vom subjektiv-individuellen, da das gewohnheitsmäßige, von den individuellen Fähigkeiten abstrahierte Verhalten als Richtschnur der Bewertung dient[59].

---

56) Müller-Erzbach, AcP 106,316; BGB-RGRK-Nastelski, § 277 Anm. 2; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 152; Rother, Haftungsbeschränkung, S. 188; Larenz, Schuldrecht I, S. 231; Palandt-Danckelmann-Heinrichs, § 277 Anm. 1;

57) A.a.O.

58) So zutreffend Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 316; JuS 1967,497;

59) Deutsch, a.a.O.

Diese Deutung der subjektiven Komponente der diligentia quam in suis entspricht sowohl dem Gesetzeswortlaut als auch den Intentionen des Gesetzgebers. Wie der Vergleich mit der in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB geforderten "erforderlichen Sorgfalt" zeigt, ist der Gesetzgeber in § 277 BGB nur von der üblichen und nicht von der möglichen Sorgfalt ausgegangen. Die II. Kommission bestand nur deshalb auf der "erforderlichen Sorgfalt", um die Berufung auf einen eingerissenen "Schlendrian" abzuschneiden und der Möglichkeit Rechnung zu tragen, daß sich eine Verkehrssorgfalt in bestimmten Bereichen noch nicht gebildet habe[60]. Indem in § 277 BGB ausdrücklich auf die in eigenen Angelegenheiten angewandte und nicht die erforderliche Sorgfalt verwiesen wird, liegt darin die Duldung der üblichen, gelegentlich auch als "Schlendrian" zu bezeichnenden Verhaltensweise.

Die in den Gesetzesmaterialen zu den einzelnen Bestimmungen vertretenen Auffassungen sprechen ebenfalls für diese Ansicht. Bei der Gesellschaft z. B. heißt es ausdrücklich, Personen, die untereinander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigen, wollten sich gegenseitig so nehmen, wie sie nun einmal sind[61].

Das Gesetz stellt somit auf die nach außen in Erscheinung tretende Sorgfalt ab. Diese äußere Sorgfalt kann mit der den Fähigkeiten und dem Einsichtsvermögen entsprechenden inneren Sorgfalt identisch sein, muß es aber nicht. Man kann von einer beschränkt subjektiven Betrachtungsweise sprechen, bei der bestimmte, sonst für einen subjektiven Zurechnungsmaßstab erforderliche Elemente nicht gegeben sein müssen.

Daraus folgt für die inhaltichen Voraussetzungen der diligentia quam in suis: Zugerechnet werden kann ein Verhalten nur

---

60) Protokolle II, S. 604;
61) Protokolle II, S. 420;

wenn erstens die nach objektiv-typisierten Merkmalen bestimmte Sorgfalt verletzt und das in eigenen Angelegenheiten für gewöhnlich an den Tag gelegte Verhalten, das nicht notwendigerweise den eigenen Fähigkeiten entsprechen muß, nicht eingehalten wurde. Dieser doppelte Maßstab kann als typisiert objektiv-subjektiver Verhaltensmaßstab bezeichnet werden, da sowohl eine Schematisierung nach objektiven Verkehrskreisen i. S. der herrschenden Auffassung, als auch eine solche nach dem gewohnheitsmäßigen Verhalten des Individuums vorgenommen wird[62]. Damit unterscheidet sich die diligentia quam in suis von dem objektiv typisierten Verkehrsmaßstab nur dadurch, daß im Gegensatz zu diesem nicht nur ein bestimmter Verkehrskreis, sondern auch der Bereich der Einzelpersönlichkeit berücksichtigt wird.

Wenn das Gesetz somit nur diejenige Sorgfalt verlangt, die der Verpflichtete in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so kann dieser die Verletzung einer allgemeinen Pflicht durch gleichzeitiges Einhalten der in eigenen Angelegenheiten geübten Sorgfalt, die allerdings unter diesem generellen Standard liegen muß, kompensieren.

---

62) Interessant ist in diesem Zusammenhang die Auffassung von Weyl, System der Verschuldensbegriffe, S. 285: "..... Mathiaß I, S. 273 meint von dem angelegten Maßstab - m.E. mit Recht -, er sei im Grunde kein rein konkreter, sondern gleichsam ein abstrakter, aber beschränkt abstrakter, weil das durchschnittliche Verhalten des Handelnden in seinen eigenen Angelegenheiten in Frage kommt. Man wird also das Verhältnis dahin formulieren können, es liege hier ein relativ abstrakter Maßstab vor, in § 276 dagegen ein absolut abstrakter; oder man kann sagen, in § 276 sei der Maßstab ein abstrahiert abstrakter, in § 277 ein abstrahierend konkreter."

IV. Die diligentia quam in suis im Gesamttatbestand.

1. Ausgangsposition.

Die Frage der Einordnung und Bewertung der in eigenen Angelegenheiten geübten Sorgfalt stellt sich nicht, solange der Handelnde seinen eigenen Rechtskreis nicht verläßt und keine unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung Dritter erfolgt. Erst wenn die von der Verkehrssorgfalt abweichende Eigensorgfalt als Maßstab der Dritten gegenüber obliegenden Verpflichtungen dient, wird das Verhalten rechtlich relevant. Relevant für den Verpflichteten selbst, der wissen muß, ob sein Tun rechtlich erfaßt und wenn ja, wie es von der Rechtsordnung bewertet wird[63]; relevant aber auch für den Dritten, dessen Rechtsposition beeinträchtigt werden kann und dessen etwaige Notwehrrechte sowie Abwehransprüche von der rechtlichen Qualifikation dieses der Eigensorgfalt entsprechenden Handelns abhängen.

Speziell zur Rechtsfigur der diligentia quam in suis erfolgt eine Behandlung der Frage ihrer Einordnung in den Gesamttatbestand der Rechtsfolgenormen sowie eine Bewertung des eigenüblichen Verhaltens nur gelegentlich.

So ist das OLG Hamburg[64] der Ansicht, § 1359 BGB beschränke nicht die an die Sorgfalt der Ehegatten zu stellenden Anforderungen, sondern nur die Haftung für eine Verletzung dieser Sorgfalt. Diese Aussage kann aber im Hinblick auf die Einordnung der diligentia quam in suis in den Gesamttatbestand nur bedeuten, daß auch im Rahmen derjenigen Rechtsverhältnisse, welche nur Eigensorgfalt erfordern, der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gilt und ein Verstoß gegen denselben, selbst bei Einhaltung der Eigensorgfalt, rechtswidrig

---

63) Vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 255;

64) VersR 1958, 810; im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, VersR 1959, 569;

und schuldhaft ist[65].

In dieselbe Richtung geht die von Buchner[66] vertretene Auffassung. Die Beschränkung auf die eigenübliche Sorgfalt habe auf die Frage, inwieweit ein Verhalten als fahrlässig zu bezeichnen sei, keinerlei Einfluß. Es werde nur nicht für jede Fahrlässigkeit gehaftet.

Zur Gegenposition, der Einordnung der diligentia quam in suis in den Gesamttatbestand, findet sich eine detaillierte Aussage im Schrifttum zu gemeinen Recht[67]. Demgegenüber beschäftigt

---

65) Ähnlich Hauss (Festschr. f. Wilburg, S. 358): "Die vorschriften der §§ 1359, 1664 schmälern m.E. weder die Sorgfaltsanforderungen des Fahrers gegenüber den nächsten Angehörigen, noch schließen sie die Rechtswidrigkeit der zugefügten Körperverletzung aus." Gegen eine derartige Auffassung, "die mit dem unbefangenen Verständnis der Vorschrift und dem erzielten Erfolg kaum in Einklang (steht)" Rother, Haftungsbeschränkung, S. 194; Wilts, VersR 64,458;

66) NJW 1967, 2385. Buchner erkennt aber an, daß der Gesetzgeber bei bestimmten Rechtsverhältnissen wegen ihrer Eigenheiten darauf verzichten kann, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu verlangen und bei Nichteinhaltung derselben dafür haften zu lassen (S. 2386).

67) Hasse-v.Bethmann-Hollweg (Die culpa des röm. Rechts, S. 136) wonach "alles, was an Beflissenheit über die diligentia quam in suis hinausgeht, gar kein Gegenstand der Obligatio, mithin auch nicht culpa (ist). Denn alles hängt hier ... vom Verpflichtungsverhältnis ab: alles, was von diesem nicht erfordert wird, ist nicht Pflicht, folglich das Gegenteil nicht unrechtmäßig. Damit eine Handlung widerrechtlich sei, ist ja nicht bloß erforderlich, daß sie in irgendeiner Beziehung zuzurechnen sei, sondern daß sie es in der Beziehung sei, von welcher gerade die Rede ist."

die allgemeine Problematik des fahrlässigen Handelns und dessen Einstufung in die Ebene der Rechtswidrigkeit bzw. der Schuld die Literatur seit der Entscheidung des Großen Senats vom 4.3.1957[68] im besonderen Maße. Da es sich sowohl bei § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB als auch bei § 277 BGB um Sorgfalts- und daher Zurechnungsmaßstäbe handelt, kann eine Einordnung der diligentia quam in suis nur unter Berücksichtigung der Allgemeinproblematik erfolgen, die sich infolge der Thematik der Arbeit auf die Darstellung der Grundtendenzen beschränken muß.

2. Unrechts- und Schuldmerkmal.

Gleich der in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB verwendeten Formel zur Bezeichnung fahrlässigen Handelns läßt sich auch aus dem Wortlaut des § 277 BGB nicht entnehmen, ob es sich hierbei um ein Handlungs-, Unrechts- oder Schuldmerkmal handelt[69].

Eine stark von der Strafrechtsdogmatik beeinflußte Lehre begreift den in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB normierten Fahrlässigkeitsbegriff als Tatbestandsmerkmal, mit der Folge, daß, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet, trotz Eingriffs in die Rechtssphäre eines anderen nicht tatbestandsmäßig handelt[70].

Diese Auffassung läßt sich auf den in § 277 BGB statuierten Sorgfaltsbegriff nicht anwenden. Wie dargelegt[71], liegt der diligentia quam in suis ein doppelter Zurechnungsmaßstab zugrunde. Einmal muß in dem Verhalten eine Verletzung der Ver-

---

68) BGHZ 24, 21;

69) So zu § 276 BGB zutreffend Esser, Schuldrecht AT, S. 244;

70) Vor allem Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 41; Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, S. 15, 21, 24; von Caemmerer, DJT-Festschrift Bd. II, S. 78 FN 118;

71) Oben III 2 a;

kehrssorgfalt liegen, zum zweiten muß, damit eine Rechtsfolge eintreten kann, zusätzlich die in eigenen Angelegenheiten üblicherweise angewandte Sorgfalt nicht eingehalten sein. Ist diese Eigensorgfalt aber eingehalten, so soll trotz einer Verletzung der Verkehrssorgfalt keine Rechtsfolge eintreten.

Würde man in der diligentia quam in suis ein Tatbestandsmerkmal sehen, müßte ein Verhalten, das zwar eine Verletzung der allgemeinen Verkehrssorgfalt, aber keine Verletzung der Eigensorgfalt darstellt, als nicht tatbestandsmäßig und somit als gänzlich irrelevant angesehen werden. Da aber ohne Zweifel objektiv ein unter Nichtbeachtung der Verkehrssorgfalt verursachter Eingriff in fremde Rechte gegeben ist, geht es nicht an, schon die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen, zumal dasselbe Verhalten Dritten gegenüber, die nicht der Sonderbeziehung angehören, tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein kann. Für ein derartiges Ergebnis würde noch in stärkerem Maß das gelten, was Esser[72] schon zur Einordnung des in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB statuierten Fahrlässigkeitsbegriffes in den Tatbestand ausführt, nämlich "daß auf diese Weise sorgfältig (was hier objektiv gesehen nicht vorliegt) herbeigeführte Rechtsverletzungen als rechtlich bedeutungslos hingestellt werden, obgleich das nicht den Anschauungen des Lebens entspricht".

Fällt somit bei Einordnung der Fahrlässigkeit in den Tatbestand der Rechtsfolgenormen die Entscheidung über die Rechtserheblichkeit eines Verhaltens zumindest für die diligentia quam in suis auf einer zu frühen Stufe, besteht gegen die überkommene Auffassung, die der Fahrlässigkeit erst auf einer späteren Stufe im Bereich des Verschuldens Bedeutung beimißt[73]

---

72) Schuldrecht AT, S. 244;

73) Vor allem Weitnauer, Karlsruher Forum, 1961, 28,30 ff.; NJW 61, 107 ff.; 1963,992 ff.; Baur, AcP 160,465,483 f.; Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 222 f.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, Vor § 276 Anm. 18 ff.; Staudinger-Werner, Vor § 276 Anm. 81 ff.; vgl. auch Larenz, Schuldrecht AT, S.224 ff.;

ebenfalls Bedenken.

Neben den allgemeinen Vorbehalten gegen die Lehre vom Erfolgsunrecht[74] wird bei einer Anknüpfung des Rechtswidrigkeitsurteils unmittelbar an den Verletzungserfolg die der diligentia quam in suis in ihren einzelnen Anwendungsfällen und, da sich darin der Anwendungsbereich der Rechtsfigur im BGB erschöpft, somit der Rechtsfigur überhaupt zukommende Funktion nicht hinreichend berücksichtigt.

Wie sich aus den einzelnen Normen ergibt, steht die an dem jeweiligen Rechtsverhältnis ausgerichtete Pflichtensituation, also ein Verhalten im Blickpunkt der Bewertung. Vergleichsmaßstab dieses in den einzelnen Rechtsverhältnissen geforderten Handelns ist das eigenübliche Verhalten. Auf den Handlungserfolg wird in diesen Normen und folglich im Gesamtbereich der diligentia quam in suis kein Bezug genommen; in diesen Beziehungen steht ersichtlich nicht der dem einzelnen Rechtssubjekt zur Alleinverantwortung zugewiesene Rechtskreis und somit der Schutz des subjektiven allgemeinen Rechts im Vordergrund, sondern das jeweilige Rechtsverhältnis an sich.

Stellt der Gesetzgeber auf das Handeln der einzelnen Mitglieder des besonderen Pflichtenverhältnisses und nicht in erster Linie auf den Handlungserfolg ab, so kann die Qualifikation dieses Handelns auch nicht vom eventuellen Ergebnis her erfolgen, zumal selbst von Vertretern eines wertneutralen Rechtswidrigkeitsbegriffes zugestanden wird, daß mit der Kennzeichnung eines Verhaltens als rechtswidrig die Emotion angesprochen wird[75].

Da der Gesetzgeber innerhalb abgegrenzter Beziehungen und gegenüber bestimmten Personen nur ein Handeln fordert, das dem

---

74) Dazu näher Nipperdey NJW 1957, 1777, 1779; Enneccerus-Nipperdey, S. 1277 ff., 1307 ff.; Esser, Schuldrecht AT, S. 61,63 f.; sowie die unter FN 70 Genannten;

75) z. B. Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 237;

eigenüblichen des Verpflichteten entspricht, liegt für diesen Bereich eine ähnliche Situation vor, die Ausgangspunkt der Entscheidung des BGH im 24. Band ist. Wenn der BGH[76] ausführt: "Indem die Rechtsordnung den gefahrvollen Verkehr zuläßt und den Teilnehmern an diesem Verkehr im einzelnen vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie auch aus, daß sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält", so ist diese für das verkehrsrichtige Verhalten gültige Aussage hinsichtlich der diligentia quam in suis wie folgt zu modifizieren: Indem der Gesetzgeber in bestimmten Rechtsverhältnissen die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt genügen läßt, hält sich ein Verhalten unter Beachtung der Eigensorgfalt auch im Rahmen des Rechts.

Aus der Allgemeingültigkeit des Sorgfaltsmaßstabes innerhalb bestimmter Rechtsverhältnisse folgt, daß es sich bei diesem um keinen Rechtfertigungsgrund handeln kann. Die Frage nach einem Rechtfertigungsgrund wird nur akut, wenn einem Handeln ein Unrechtsgehalt von vornherein eigen ist und dieser "an sich" (Esser) gegebene Unrechtsgehalt im konkreten Falle durch ein von der Rechtsordnung für derartige Situationen zugelassenes Ausnahmeverhalten ausgeschlossen ist[77].

Eine solche Konstellation von Regel und Ausnahme liegt bei der diligentia quam in suis trotz des herausgearbeiteten doppelten Sorgfaltsmaßstabes, der auch eine objektive, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt identische Komponente enthält, nicht vor. Dieser doppelte Maßstab ist nicht so zu verstehen, daß ein Verstoß gegen die Verkehrspflicht durch ein minder sorgfältiges, aber eigenübliches Verhalten gerechtfertigt wird. Vielmehr wird der objektive Sorgfaltsverstoß schon von vornherein durch gleichzeitige Einhaltung der Eigensorgfalt kompensiert, d. h. die Pflichtensituation entsteht nur

---

76) BGHZ 24,21 (26);

77) Esser, Schuldrecht AT, S. 64/65; Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 10;

in dem an der Eigensorgfalt ausgerichteten Umfang. Das zwar nicht der Verkehrssorgfalt, dafür aber der Eigensorgfalt entsprechende Verhalten enthält in dem vom Gesetz festgelegten Bereich schon "an sich" keinen Unrechtsgehalt. Es wird originär nur der jeweils eigenübliche Sorgfaltsmaßstab verlangt, nicht ein originär geforderter Sorgfaltsmaßstab durch ein Privileg für einen speziellen Fall außer Kraft gesetzt.

Mit der ursprünglich aus den einzelnen Rechtsverhältnissen entwickelten und erst später zu einem allgemeinen Prinzip verfestigten Rechtsfigur der diligentia quam in suis hat der Gesetzgeber innerhalb dieser Verhältnisse dem Individuum einen größeren Spielraum eingeräumt. Die Grenze zwischen Schutz- und Freiheitsinteressen[78], die Grenze zwischen Recht und Unrecht oder, wie sich Wiethölter[79] ausdrückt, die Abwehrfrontlinie der Allgemeinheit gegenüber dem Rechtsbrecher, wurde in diesen Verhältnissen, die die Allgemeinheit nicht unmittelbar berühren, zugunsten der individuellen Handlungsfreiheit ein Stück zurückgelegt.

Je nachdem, ob man diese Privilegierung von der Rechtsfolge her, also nach erfolgter Rechtsverletzung, oder schon vor einer solchen betrachtet, ist die Wertung verschieden. Für eine nachträgliche Betrachtungsweise ergibt sich nur eine Modifizierung bzw. ein Ausschluß der für den Normalfall vorgesehenen Rechtsfolge. Diese nachträgliche Wertung liegt, wie ausgeführt, den Anwendungsfällen der diligentia quam in suis nicht zugrunde. Der Gesetzgeber stellt allein auf das Handeln ab, zu welchem der dem Rechtsverhältnis Angehörende verpflichtet ist. Besonders bei § 1359 BGB kommt dies deutlich zum Ausdruck. Der Ehegatte hat bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Hier wurde in erster Linie an die Regelung des ehelichen Zusammenlebens, das tägliche Für- und Miteinander,

---

78) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 69;

79) Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 35;

gedacht. Eine solche, die Rechtsverletzung zunächst außer acht lassende Betrachtungsweise muß, wie schon Heck[80] ausgeführt hat, zum Ergebnis kommen, daß der Gesetzgeber ein Verhaltensprogramm aufgestellt hat, und zwar im konkreten Fall ein ermäßigtes Programm. Wenn aber ein Programm vorgezeichnet ist, die Rechtsordnung also sagt, was zu tun oder zu unterlassen ist, kann ein an diesem Programm, dieser Vorplanung (Zeuner) ausgerichtetes Verhalten nur der Rechtsordnung entsprechen und rechtmäßig sein[81].

Diese Vorplanung erfolgt bei der Rechtsfigur der diligentia quam in suis ziemlich lebensnah, nämlich unter Berücksichtigung der in eigenen Angelegenheiten angewandten Sorgfalt. Es wäre aber abwegig, würde man dem Verpflichteten, im konkreten Fall dem Ehepartner, sein eigenes Verhalten als Vorbild und Richtschnur hinstellen, dieses Verhalten aber gleichzeitig als rechtswidrig bezeichnen und dem Gatten dagegen Notwehrrechte und Abwehransprüche zubilligen.

Daß dem betroffenen Ehepartner bei dieser Einordnung der diligentia quam in suis keine Gegenrecht zustehen, kann das Ergebnis angesichts des engen Verhältnisses und der genauen Kenntnis gegenseitiger Gewohnheiten nicht erschüttern; im Gegenteil würde sich bei einer anderen Einstufung das eheliche Zusammenleben bei entsprechender Veranlagung der Ehepartner in den Notwehrrechten und Abwehransprüchen erschöpfen[82]. Dies würde auch dem Sinn und Zweck der diligentia quam in suis zuwiderlaufen.

---

80) Schuldrecht, S. 77, allerdings von der Fahrlässigkeit als Schuldelement ausgehend;

81) JZ 1961, 41,43; zur Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit bemerkt Esser (Schuldrecht AT, S. 251), diese sei bereits für die Pflichtenstellung und daher die Rechtswidrigkeit relevant. "Wer nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, braucht nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzuhalten.

82) Zur Duldungspflicht des Partners Näheres unten;

In zweiter Linie kommt dem Fahrlässigkeitsbegriff der diligentia quam in suis auch auf der Verschuldensebene Bedeutung zu. Zeigt schon die vom Gesetzgeber in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgenommene Gleichstellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit und die für beide Begriffe gültige Verweisung auf die §§ 827, 828 BGB in § 276 Abs. 1 Satz 3 BGB, daß die Fahrlässigkeit auch als Schuldmerkmal[83] aufzufassen ist, so gilt das noch in stärkerem Maße für die diligentia quam in suis, die auf das Individuum abstellt, diesem einen Spielraum nach der angelegten Persönlichkeit[84] einräumt und folglich dessen Fähigkeiten auch berücksichtigen muß. Eine Verletzung der Eigensorgfalt wird zwar zumeist als schuldhaft anzusehen sein. Angesichts der schematisierten Berücksichtigung des Individuums im Bereich der Rechtswidrigkeit braucht dies aber nicht immer der Fall zu sein, so daß sich nach Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eine Prüfung des Verschuldens nicht erübrigt[85].

Aus den vorstehenden Untersuchungen der diligentia quam in suis hat sich somit folgendes ergeben: Bei dieser Rechtsfigur handelt es sich um einen Fahrlässigkeitsbegriff, bei welchem die Zurechnung aufgrund eines doppelten Maßstabes erfolgt. Sozusagen als Eingangs- oder Rahmenmaßstab ist das Handeln zuerst nach den objektiven Kriterien der Verkehrssorgfalt zu bewerten. Erst wenn dieser objektive Sorgfaltsmaßstab nicht eingehalten ist, wird das Verhalten für die zweite Komponente, den schematisiert-subjektiven Maßstab interessant. Entspricht es dem eigenüblichen Verhalten, hat sich der Verpflichtete in dem für das jeweilige Rechtsverhältnis vorgeschriebenen Pflichtenrahmen gehalten. Er hat die ihm nur in diesem Umfang entstan-

---

83) Vgl. Esser, Schuldrecht AT, S. 245 f., der als erster die der Fahrlässigkeit zukommende Stellung sowohl im Unrechts- als auch Schuldbereich herausgearbeitet hat.

84) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 152;

85) Nicht ganz zutreffend Esser, a.a.O., S. 251, wonach mit der Pflichtwidrigkeit grundsätzlich das Verschulden gegeben ist

dene Verpflichtung erfüllt, daher nicht pflichtwidrig und, da vom Gesetzgeber für diesen Bereich ein besonderer Katalog von Pflichten vorgesehen ist, auch nicht rechtswidrig gehandelt.

Wie sich diese Einordnung der Rechtsfigur auf das Verhältnis von allgemeiner und spezieller Pflichtensituation auswirkt, ist nachstehend zu untersuchen.

V. Modifizierung der allgemeinen Sorgfaltspflichten im Bereich des ehelichen Pflichtenkreises.

Auf die Möglichkeit der Überlagerung von allgemeinen Sorgfaltspflichten und speziellen ehelichen Verpflichtungen wurde schon oben[86] hingewiesen. Dies führt zur Anlegung von zwei verschiedenen Sorgfaltsmaßstäben an ein und denselben Lebenssachverhalt. Da im ehelichen Bereich ein der Eigensorgfalt entsprechendes Verhalten rechtmäßig ist, bleibt zu prüfen, inwieweit diese Tatsache die allgemeine Pflichtensituation beeinflußt.

1. Lösung des Konkurrenzproblems auf der Rechtswidrigkeitsebene.

Zu unterscheiden ist zwischen der Konkurrenz auf der Ebene der primären (Tatbestands) Normen und der Ebene der sekundären (Rechtsfolge) Normen[87]. Letztere, das Zusammentreffen von Rechtsfolgenormen, wird im Privatrecht als Anspruchskonkurrenz behandelt[88]. Nach der wohl noch h. L. erzeugt beim Zusammentreffen von auf Vertrag bzw. Delikt beruhender Haftung jeder Haftungsgrund einen selbständigen Anspruch, die beide, obgleich auf dasselbe Ziel gerichtet, selbständig ne-

---

86) Oben S. 27 f.

87) Im Anschluß an Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 288;

88) Vgl. Deutsch, a.a.O.

beneinanderstehen[89]. Gegen diese Auffassung, die davon ausgeht, daß es sich bei der allgemeinen (jedermann treffenden) Rechtspflicht und der besonderen Sorgfaltspflicht, auch soweit sie sich inhaltlich decken, um zwei unabhängige Pflichten handelt, wird eingewandt, ein und dieselbe Rechtsordnung sei es, die von ein und demselben Rechtsgenossen dasselbe, wenn auch aus mehrfachem Grunde, verlange (Larenz). Daraus wird der Schluß gezogen, dem Geschädigten stehe in diesem Falle nur ein Anspruch zu, der aber mehrfach begründet sei[90].

Eine derartige Anspruchskonkurrenz ist hier nicht zu prüfen, da bei Einhaltung der Eigensorgfalt ein aus dem ehelichen Verhältnis fließender Anspruch nicht entsteht. Vielmehr handelt es sich um die Konkurrenz der Tatbestandsnormen und des jeweils geforderten Sorgfaltsmaßstabes. Nach der oben vertretenen Auffassung[91] genügt für die Qualifizierung einer Handlung als rechtswidrig nicht die Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes. Das Verhalten ist erst dann rechtswidrig, wenn ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bzw. bei den Sonderverhältnissen der diligentia quam in suis, ein Verstoß gegen die Eigensorgfalt vorlieg. Diese Entscheidung wird auf der Rechtswidrigkeitsebene getroffen. Daher kann die Entscheidung, welcher Pflichtenmaßstab beim Zusammentreffen unterschiedlicher Maßstäbe anzuwenden ist, ebenfalls nur auf der Rechtswidrigkeitsebene getroffen werden.

Für die Individualisierung einer Pflicht ist ihr Inhalt, die

---

89) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 125 ff.; Enneccerus-Nipperdey, S. 1391; Enneccerus-Lehmann, S. 934; Palandt-Thomas, Einf. v. § 823 Anm. 2; Erman-Drees, Vor § 823 Anm. 3 c; BGHZ 9, 302; 24, 191;

90) Nikisch, AcP 154, 269 (282); Eichler, AcP 162, 401 (417); Fikentscher, Das Schuldrecht, S. 550; Staudinger-Weber, Einl. 029 vor § 241; Larenz, Schuldrecht II, S. 474; Esser Schuldrecht BT, S. 460;

91) Oben IV 2;

Person des Verpflichteten und die verpflichtende Instanz maßgebend (Larenz)[92]. Untersucht man nach diesen Kriterien die allgemeinen Sorgfaltspflichten und die ehelichen Verpflichtungen, ergibt sich folgendes:
Die Person des Verpflichteten ist sowohl bei den sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen als auch bei der allgemeinen, gegenüber jedermann bestehenden Pflicht, dieselbe, nämlich einer der Ehepartner.
Ebenso gehen beide Pflichtgebote von derselben Instanz aus. Es handelt sich in beiden Fällen um gesetzliche Regelungen auf dem Gebiete des Privatrechts.
Ferner besteht die Pflichtstellung immer gegenüber derselben Person, dem anderen Ehepartner.
Nur inhaltlich stimmen die Pflichten nicht überein. Einerseits erfordert das Gesetz die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, zum andern nur die Sorgfalt, die in eigenen Angelegenheiten angewendet zu werden pflegt.

Die Problemstellung ähnelt insofern der oben zur Anspruchskonkurrenz vertretenen neueren Auffassung. Genauso, wie bei Indendität der Pflichtenmaßstäbe ein und dieselbe Handlung nur eine Pflichtverletzung darstellt und folglich auch nur ein Anspruch entsteht, kann bei einer Differenz der Pflichtenmaßstäbe ein und derselbe Lebenssachverhalt gegenüber ein und derselben Person nur anhand eines Maßstabes, also einheitlich beurteilt werden. Wäre das Verhältnis der Pflichtenmaßstäbe das von Gebot und Verbot, würde eine unauflösliche Antinomie vorliegen, was zur Folge hätte, daß sich die Vorschriften gegenseitig aufheben würden[93]. Dies ist aber im Verhältnis von allgemeiner Sorgfaltspflicht und diligentia quam in suis nicht der Fall. Vielmehr ist die Grenze zwischen beiden Maßstäben fließend. Im Normalfall, in dem die diligentia quam in suis überhaupt zur Wirkung kommt, also die Haftung mildert, stehen die Pflichtenmaßstäbe im Verhältnis von Gebot und "milderem"

---

92) Schuldrecht II, S. 474;
93) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 289;

Gebot. Ein bestimmtes, von der Grundregel gebotenes Verhalten wird für den von der Sonderregelung erfaßten Bereich nicht verlangt. Inwieweit diese Sonderregelung die allgemeine Regelung verdrängt, ist von der Ordnungsaufgabe abhängig, die die Sonderregelung zu erfüllen hat[94].

Da in § 1359 BGB ausdrücklich auf das Verhalten der Ehepartner abgestellt wird, will der Gesetzgeber mit dieser Norm vor allem ein dem Wesen der Ehe entsprechendes Zusammenleben fördern. Dazu wird dem einzelnen Ehepartner ein erweiterter Freiheitsspielraum zugestanden. Der Gesetzgeber stellt aber in § 1359 BGB nicht auf das Bestandsinteresse der Ehepartner ab. Schon aus dieser klaren Entscheidung des Gesetzgebers für die Freiheitssphäre des Individuums ergibt sich der Vorrang des diese Freiheitssphäre sichernden Pflichtenmaßstabes gegenüber den einschränkenden Tendenzen der Deliktsnormen[95].

Zudem handelt es sich bei den aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden Verpflichtungen um die spezielleren gegenüber den allgemeinen Verkehrspflichten. Die Ehepartner werden von dieser Pflichtensituation viel stärker erfaßt; diese intensivierte Pflichtensituation überlagert, soweit sie reicht, die gegenüber jedermann bestehende Pflichtensituation. Folglich muß auch der innerhalb dieses intensivierten Pflichtenkreises bestehende geringere Sorgfaltsmaßstab die Verkehrssorgfalt überlagern[96].

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Wird bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen gleichzeitig die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht ein-

---

94) Vgl. auch Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 289, 292;

95) Deutsch, a.a.O., S. 290;

96) Ähnlich schon von Gernhuber, Familienrecht, S. 191 festgestellt.

gehalten und infolgedessen ein durch das Deliktsrecht geschütztes Rechtsgut des Ehepartners verletzt, ist das Verhalten nur nach dem für das eheliche Verhältnis vorgeschriebenen Sorgfaltsmaßstab zu beurteilen. Hat der Ehegatte die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt eingehalten, hat er nicht rechtswidrig gehandelt und ist daher auch nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Dogmatisch rechtfertigt sich dieses Ergebnis aus der Tatsache, daß es sich sowohl bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als auch der Eigensorgfalt um Bestandteile der Rechtswidrigkeit handelt. Da ein und dasselbe Verhalten gegenüber ein und demselben Interessenbereich von derselben Rechtsordnung nur als rechtmäßig oder als rechtswidrig angesehen werden kann, mußte die zwischen Verkehrs- und Eigensorgfalt bestehende Diskrepanz auf der Unrechtsebene gelöst werden.

2. Modifizierende Wirkung der diligentia quam in suis auch bei vertraglichen Beziehungen.

Die hier aufgrund der Stellung der Rechtsfigur der diligentia quam in suis im Gesamttatbestand der Rechtsfolgenormen für das Verhältnis von § 1359 BGB zu den Normen des Deliktsrechts gefundene Lösung muß auch für das Verhältnis des Haftungsprivilegs zu vertraglichen Beziehungen der Ehegatten gelten. Die im Vertragsrecht allgemein geltenden Sorgfaltspflichten werden, sofern sich vertraglicher und ehelicher Pflichtenkreis überschneiden, von der in eigenen Angelegenheiten angewandten Sorgfaltspflicht überlagert, das gesamte sich deckende Rechtsverhältnis also vom Pflichtenmaßstab des ehelichen Verhältnisses gestaltet.

Wenn sich die meisten Stimmen in der Literatur unter Berufung auf die Materialen[97] sowie auf die immer wieder zitierte

---

97) Oben S. 16.

Reichsgerichtsentscheidung[98], deren Sachverhalt der Verlust eines der Ehefrau vom Ehemann geliehenen Familienschmucks auf einer Tanzveranstaltung zugrunde lag, gegen eine Erstrekkung des Haftungsprivilegs auch auf vertragliche Beziehungen wenden, ist das nicht zutreffend.

Was diesen Familienschmuckfall anbelangt, so fällt er in der Tat nicht unter das Privileg des § 1359 BGB, aber nicht, weil die Norm auf vertragliche Beziehungen zwischen den Ehepartnern von vornherein nicht anzuwenden ist, sondern aus Gründen, die in der systematischen Stellung des § 1359 BGB und des Verhältnisses dieser Norm zu § 1353 BGB liegen und die bei der Bestimmung des Umfanges der ehelichen Pflichtensituation noch näher zu erörtern sind.

Auch die in den Protokollen zum Vorschein kommende Auffassung des Gesetzgebers ist nicht so eindeutig, wie sie von der Literatur verstanden und größtenteils übernommen wurde[99]. Es wird ausdrücklich auf den gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr abgestellt. Unter diesem gewöhnlichen Verkehr muß aber das von der Ehe nicht beeinflußte rechtsgeschäftliche Verhalten der Ehegatten verstanden werden. Der Gesetzgeber wollte hiermit anzeigen, daß es auch zwischen Ehegatten Geschäfte wie zwischen beliebigen Dritten geben kann und die Ehepartner sich dann auch an die für jedermann geltenden Regeln zu halten haben. Es sind dies die Fälle, in denen die beiden Pflichtenkreise selbständig nebeneinanderstehen und sich nicht, oder nicht in der für § 1359 BGB erforderlichen Intensität, überlagern. Für diese Fallgruppe ergibt sich auch nach der hier vertretenen Auffassung keine Überlagerung der Pflichtensituation.

Daß aber eine derart schematisierte Abgrenzung von ehelicher und vertraglicher Pflicht nicht immer möglich ist und manche der von der Rechtsprechung und Literatur unter die Vertrags-

---

98) RG vom 20.5.1912, IV 547/11, zit. bei RGRK-Scheffler, § 1359 Anm. 2;

99) Vgl. auch schon oben S. 40;

typen des BGB eingeordneten Verhaltensweisen ihren Grund, wenn auch nicht ausschließlich, so doch in erheblichem Umfang, in der ehelichen Lebensgemeinschaft haben, ist von Gernhuber[100] eingehend dargelegt worden.

Wenn also eine Vereinbarung oder eine Pflichtensituation zwischen den Ehepartnern schon in eine der Vertragsrubriken des Schuldrechts eingeordnet wird, ist doch immer noch zu fragen, ob sich dasselbe Verhalten nicht auch als Ausfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft darstellt, die Vertragspflicht somit durch eine parallel verlaufende, sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebende Verpflichtung modifiziert wird[101].

Inwieweit dies der Fall ist, ergibt sich aus dem ehelichen Pflichtenverhältnis und ist unten zu untersuchen. Hier war nur darauf hinzuweisen, daß - falls eine Überlagerung von vertraglicher und ehelicher Verpflichtung vorliegt - das Ergebnis kein anderes sein kann als im Verhältnis des § 1359 BGB zu den Normen des Deliktsrechts.

3. Überprüfung des Ergebnisses.
Das Ergebnis dieser Untersuchung entspricht somit der von der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur zum Verhältnis von vertraglich oder gesetzlich vorgesehener Haftungsmilderung zum Deliktsrecht vertretenen Auffassung vom Ausschluß der Deliktshaftung im Falle ihres Zusammentreffens. Die hierfür angegebene Begründung, daß bei einer Haftung nach Deliktsrecht die vertraglich oder vom Gesetzgeber für das Vertragsverhältnis angeordnete Haftungsmilderung von geringer Bedeutung sein würde[102], nimmt richtigerweise eine Abwägung der vom Gesetzgeber mit den verschiedenen Sorgfaltsmaßstäben ver-

---

100) FamRZ 1959, 465 (469);

101) So zutreffend Gernhuber, Familienrecht, S. 191; Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 9; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, S. 577 RdZ 1380, 1382;

102) Oben S. 20;

folgten Ziele vor, verkennt aber die dogmatisch zutreffende Einordnung dieser Abwägung in den Gesamttatbestand[103].

Inkonsequent ist die verschiedentlich vertretene Auffassung, die das für §§ 690, 708 BGB gefundene Ergebnis hinsichtlich derselben Konstellation bei den Haftungsprivilegien des Familienrechts nicht anwendet[104]. Gesetzestechnisch und dogmatisch handelt es sich um dieselbe Problematik; auch eine teleologische Auslegung kann zu keinem abweichenden Ergebnis führen. Einer derartigen Betrachtungsweise liegen wohl in erster Linie gefühlsmäßige Überlegungen zugrunde, wonach bei freiwilligen Zusammenschlüssen eine Verminderung des Deliktschutzes zugelassen werden kann, eine solche Minderung der allgemeinen Pflichten in den besonderen familienrechtlichen Verhältnissen aber nicht angebracht ist. Ähnliche Gründe haben wohl auch Hauss bewogen, die Anwendbarkeit des § 1359 BGB lediglich im Hinblick auf eine etwaige Körperverletzung des anderen Ehepartners auszuschließen[105]. Daß eine derartige Ausklammerung nur eines absolut geschützten Rechtsgutes dogmatisch nicht zu rechtfertigen ist, liegt auf der Hand.

Der hier dargelegten Auffassung steht im Ergebnis die Ansicht von Gernhuber am nächsten, wonach die ehliche Verbundenheit die deliktische Pflichtensituation zwischen den Ehegatten derart gestaltet, daß die Verantwortung für die allgemeine Verkehrspflicht von vornherein auf das in § 1359 BGB gesetzte Maß beschränkt wird. Mißverständlich ist jedoch die Bezeichnung des Verhaltens als sozialadäquat, worunter aber nicht die Kennzeichnung des Verhaltens als pflichtgemäß verstanden

---

103) Von einem Ausschluß der Rechtswidrigkeit beim Zusammentreffen von vertraglicher Haftungsmilderung mit Deliktsansprüchen gehen aus: RGZ 88, 433 (434); RG-Seuff.Arch. 89 Nr. 160; Enneccerus-Lehmann, S. 935; BGB-RGRK-Haager, Vor § 823 Anm. 27; Erman-Drees, Vor § 823 Anm. 3 c; Esser, Schuldrecht BT, S. 459;

104) Oben S. 21;

105) Festschrift für Möhrung, S. 358;

wird[106].

Im Ansatz zutreffend ist der Gedanke von Wilts[107], der zwar im Ergebnis der herrschenden Lehre folgt und etwas ungenau von Angleichung der allgemeinen Verkehrspflichten an die eheliche Pflicht spricht, aber unter anderem darauf hinweist, daß die abgemilderte Haftungsnorm zuerst eine Verhaltensnorm darstelle. Trotz des Hinweises auf die Entscheidung des BGH im 24. Band zieht Wilts hieraus für die Lösung der Problematik keine Konsequenzen.

Die von so enragierten Gegnern der hier vertretenen Auffassung wie Endemann[108] und Böhmer[109] angeführten Beispiele können ebenfalls nicht überzeugen. Der Ehemann, der achtlos brennende Zigaretten auf den Teppich der Ehefrau wirft, handelt wohl grob fahrlässig. Dasselbe gilt für den achtlos mit dem geladenen Jagdgewehr hantierenden Ehegatten, dessen Berufung auf das Haftungsprivileg Böhmer so empört.

Somit ergibt sich für den vertikalen Anwendungsbereich des § 1359 BGB: Überall dort, wo eine sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebende Verpflichtung mit einer allgemein deliktischen Sorgfaltspflicht oder einer vertraglich begründeten Pflicht zusammentrifft, hat der Ehegatte, dem die eheliche Pflicht obliegt, nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Dafür, daß der betroffene Ehegatte nicht durchgehend eine geringere Sorgfalt des Partners hinnehmen muß, sorgen zwei Schranken: Die eine liegt in der Konstruktion der diligentia quam in suis. Der Ehepartner hat für grob fahrlässiges Verhalten jederzeit einzustehen.

---

106) Familienrecht, S. 191 FN 1;
107) VersR 1964, 455 (458);
108) Endemann I, S. 645 Anm. 7;
109) Böhmer, MDR 1959, 816;

Andererseits muß die allgemeine Pflicht immer von einer ehelichen Verpflichtung überlagert sein. Je enger man den Kreis der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtunge zieht, desto geringer wird auch die Möglichkeit der Überschneidung der Pflichtenkreise und somit der Modifizierung der allgemeinen Sorgfaltspflichten. Die vertikale Komponente der diligentia quam in suis ist also von dem jeweiligen horizontalen Ausdehnungsbereich des bestimmten Pflichtenverhältnisses abhängig. Dieser horizontale Ausdehnungsbereich ist bei jedem der Anwendungsfälle der diligentia quam in suis verschieden, während bei einer Überlagerung der Pflichtenkreise immer der mildere Sorgfaltsmaßstab entscheidend ist.
Den Umfang des ehelichen Pflichtenkreises - die horizontale oder eherechtliche Ebende des § 1359 BGB - gilt es nachstehend zu bestimmen.

3. Abschnitt

Bestimmung des ehelichen Pflichtenverhältnisses.

Der BGB-Gesetzgeber hat die Anwendungsfälle der diligentia quam in suis entsprechend dem Ausnahmecharakter dieses an der Einzelpersönlichkeit ausgerichteten Sorgfaltsmaßstabes auf bestimmte Rechtsbeziehungen beschränkt. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs und der darunter fallenden Verpflichtungen scheint bei den im Schuldrecht statuierten Fällen der diligentia quam in suis (§§ 690, 708 BGB) noch am eindeutigsten zu sein. So sind Umfang und Art der dem Verwahrer obliegenden Verpflichtungen und damit die der Privilegierung gezogenen Schranken vom jeweiligen Verwahrungsvertrag genau bestimmt; ähnlich steht es mit den Pflichten des Gesellschafters, die sich größtenteils exakt aus dem im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Gesellschaftszweck und den für die Personalgesellschaften allgemein geltenden Gesellschafterpflichten ergeben. Auch die dem Vorerben im Hinblick auf die angefallene Vorerbschaft obliegenden Verpflichtungen sind fest umrissen.

Fließend wird die Pflichtenabgrenzung aber bei den einschlägigen familienrechtlichen Verhältnissen, insbesondere der sich für die Ehepartner aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen. Ist hier die Pflichtenabgrenzung schon in starkem Maße von gesellschaftspolitischen, sozialen sowie wirtschaftlichen Gegebenheiten und dem individuellen Zuschnitt jeder einzelnen Ehe abhängig, so hat sich die Problematik durch eine neuere Entscheidung des Bundesgerichtshofes[1] - die, obwohl zu § 708 BGB ergangen, für alle Anwendungsfälle der diligentia quam in suis von Bedeutung ist - weiter vertieft. Da der BGH in dieser Entscheidung die diligentia quam in suis in bestimmten Bereichen überhaupt für unanwendbar hält, soll die vom Bundesgerichtshof eingenommene Position als Ausgangspunkt einer grundsätzlichen Erörterung der durch § 1359 BGB

---

1) BGH, Urt. v. 20.12.1966, BGHZ 46, 313;

privilegierten Pflichten genommen und die Frage nach den die Grenzziehung beeinflussenden Faktoren gestellt werden.

I. Das eheliche Verhältnis als alleiniges Kriterium für die Bestimmung des Pflichtenkreises.

Der VI. Senat hatte sich in neuerer Zeit mehrere Male mit der Geltung des abgemilderten Sorgfaltsmaßstabes der diligentia quam in suis im Straßenverkehrsrecht zu befassen.

In einer vom 17.5.1960 datierenden Entscheidung[2], der eine als Gesellschaftsverhältnis angesehene gemeinsame Fahrt im Kraftfahrzeug zugrunde lag, hat das Gericht dem das Kraftfahrzeug lenkenden Gesellschafter, der durch leicht fahrlässiges Verhalten eine Verletzung des mitfahrenden Gesellschafters verursacht hatte, die Berufung auf die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt zugestanden und ihm somit das Haftungsprivileg des § 708 BGB zugebilligt.

Die die gemeinsame KFZ-Fahrt von Ehegatten betreffende Entscheidung desselben Senats vom 27.6.1961[3] ließ die entscheidende Frage, ob es sich bei der gemeinsamen Fahrt im Kraftfahrzeug um eine aus dem ehelichen Verhältnis ergebende Verpflichtung handelt, ausdrücklich offen und umging damit das Problem der Anwendung der diligentia quam in suis bei Straßenverkehrsunfällen, indem einer Haftungsbeschränkung allenfalls interne Wirkung beigemessen wurde.

In der nunmehr neuesten Entscheidung zu diesem Fragenkomplex, dem Urteil vom 20.12.1966[4], bezeichnet der Senat den Haftungsmaßstab des § 708 für das Straßenverkehrsrecht allgemein als

---

2) BGH, VersR 1960, 802;

3) BGHZ 35, 317; vgl. auch BGH VersR 1959, 231 und BGHZ 41, 79, wo die Frage des § 1359 BGB im Straßenverkehr nicht zu entschieden werden brauchte.

ungeeignet. Zur Begründung dieser These argumentiert der BGH folgendermaßen: Für den Bereich des Straßenverkehrs könne diese Vorschrift nach Entstehung und Zweck gar nicht gewollt sein, da der Gesetzgeber des BGB bei der Aufnahme des § 708 BGB in das Gesetz an eine derartige Ausdehnung auf das damals noch weithin unbekannte Gebiet des Straßenverkehrs "schlechterdings" nicht gedacht haben könne[5].

Abgesehen von der Unzumutbarkeit der Anwendung auf Gebieten, wo Leben und Gesundheit der Gesellschafter auf dem Spiele stünden, laufe eine Berücksichtigung der diligentia quam in suis dem ständigen gesetzgeberischen Bestreben, den Gefahren des Straßenverkehrs durch strenge Haftungsbestimmungen entgegenzuwirken, zuwider. Nach einigen speziell auf das Gesellschaftsverhältnis zugeschnittenen Erörterungen folgt dann der Satz: "Im Straßenverkehrsrecht rechtfertigt es sich ... nicht, persönlichen Eigenarten des Fahrers Rechnung zu tragen."[6]

Vor allem diese allgemein gehaltenen Ausführungen - auch der das Kraftfahrzeug lenkende Ehegatte ist "Fahrer" - machen diese Entscheidung über den speziellen Fragenkreis des § 708 BGB hinaus für die übrigen Anwendungsfälle der diligentia quam in suis, insbesondere für § 1359 BGB, der ja ähnliche Fallkonstellationen kennt, interessant. So meinen die Vertreter einer einschränkenden Auffassung, nunmehr könne auch § 1359 BGB im Straßenverkehrsrecht keine Anwendung mehr finden, und Hoffmann sieht in dieser Entscheidung gar den ersten entscheidenden Schritt "zur Abschaffung einer längst überholten Haftungskategorie".[7]

In der Tat lassen die Ausführungen des BGH auch Schlüsse auf

---

5) BGHZ 46, 317/318;

6) BGHZ 46, 318;

7) Hoffmann, NJW 1967, 1207; Böhmer, JZ 1968, 98; Auch Deutsch versieht eine Besprechung der BGH-Entscheidung mit der Überschrift: Abschied von der culpa in concreto? (JuS 1967, 496);

den Anwendungsbereich des § 1359 BGB zu. Interessant ist, die Wandlungen der vom BGH zu dieser Problematik vertretenen Auffassung anhand dieser Entscheidungen zu verfolgen. Während in der ersten, zu § 708 BGB ergangenen Entscheidung, noch rein von dieser Norm aus argumentiert und die Anwendung der Vorschrift, da es sich bei einer gemeinsamen Kraftfahrzeugfahrt durchaus um Pflichten aus einem Gesellschaftsverhältnis handeln könne, auch im Verkehrsrecht bejaht wurde, macht sich in der § 1359 BGB betreffenden späteren Entscheidung schon eine gewisse Zurückhaltung bemerkbar, wobei nicht zu verkennen ist, daß außerhalb der Norm liegende Erwägungen - z. B. die haftungsrechtliche Gleichbehandlung auf dem Gebiete des Straßenverkehrs - immer mehr an Gewicht gewinnen[8].

Dieser zu § 1359 BGB erkennbare Trend hat sich in der letzten Entscheidung verstärkt durchgesetzt. Man kann gewissermaßen zwei Gruppen von Erwägungen unterscheiden, von denen sich der BGH leiten läßt:
Erstens wird aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Norm, also aus nur den § 708 BGB betreffenden Kriterien, gefolgert, durch Verkehrsunfälle verursachte Verletzungen würden nicht von dem milderen Sorgfaltsmaßstab erfaßt. Die Norm hätte nur die vermögensrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter im Auge.
In diese Rubrik kann auch noch das Abstellen auf die Interessenlage eingeordnet werden, wonach es dem Fahrgast nicht zuzumuten sei, auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu verzichten, nur weil er sich mit dem Fahrer gesellschaftlich verbunden habe.

Daneben stützt sich die Entscheidung - und zwar wohl überwiegend - auf allgemeine, aus dem Straßenverkehrsrecht stammende Gesichtspunkte. Im Straßenverkehrsrecht sei seiner Natur nach kein Spielraum für individuelle Sorglosigkeit, die, den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufend, der persönlichen Eigenart des Fahrers Rechnung trage.

---

8) BGHZ 35, 317 (324);

Damit argumentiert der BGH ähnlich wie schon zuvor Böhmer hinsichtlich der Anwendung des § 1359 BGB im Straßenverkehr. Böhmer befürchtet durch die Anwendung des milderen Haftungsmaßstabes eine Senkung der Verkehrsmoral; die Aussicht, für einen Schaden nicht aufkommen zu müssen, würde unzweifelhaft zu einer Minderung des Verantwortungsgefühls führen. Ganz allgemein passe die Haftungsmilderung nach § 1359 BGB nicht mehr in die Zeit des heutigen Massenverkehrs. Das Zugestehen der Haftungsmilderung hieße geradezu, die Möglichkeit schwerster Verkehrsunfälle steigern[9].

Bei dieser Art der Argumentation fällt auf, daß von einer Umreißung und Eingrenzung der gesellschaftlichen bzw. ehelichen Pflichten nicht die Rede ist. Der BGH spricht sogar ausdrücklich davon, die Haftungserleichterung nach § 708 BGB könne nicht in Betracht kommen, wo es sich um die Erfüllung von "Gesellschafterpflichten" im Straßenverkehr handelt. Es wird also ausdrücklich das Vorliegen einer derartigen, von dem Wortlaut des § 708 BGB umfaßten, Pflichtensituation unterstellt[10].

Auch dogmatisch wird die Unvereinbarkeit des Haftungsprivilegs mit dem Verkehrsrecht nicht begründet. Der BGH hält entgegen der Auffassung der Revision daran fest, daß es bei einer gesetzlichen Begrenzung der Vertragshaftung auf bestimmte Schuldformen nicht angehe, wegen derselben Handlung nach Deliktsrecht eine strengere Haftung eintreten zu lassen. Bei einer derartigen Auffassung, die von einem möglichen Nebeneinander von milderem und objektivem Sorgfaltsmaßstab ausgeht und den milderen Maßstab - nach welcher Begründung auch immer - vorgehen läßt, hätte eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des Haftungsprivilegs nur durch eine entsprechende Beschränkung der aus dem Rechtsverhältnis fließenden Pflichtenstellung erreicht werden können.[11]

---

9) MDR 1965, 712 (713);

10) BGHZ 46, 318;

11) BGHZ a.a.O.;

Aber auch die verkehrspolitischen Erwägungen können, ganz abgesehen davon, daß sie an und für sich auf die Begründung einer aus einem bestimmten Rechtsverhältnis fließenden Pflichtensituation keinen Einfluß haben, nicht überzeugen.
Wenn der BGH ausführt, der Gesetzgeber wirke vor allem durch strenge Haftungsbestimmungen den Gefahren des Straßenverkehrs entgegen, so wird verkannt, daß es hauptsächlich straf- und ordnungsrechtliche Vorschriften sind, die präventiv wirken und denen auch der vom Zivilrecht Privilegierte unterworfen ist. Zum andern ist die Wirkung einer drohenden Ersatzpflicht angesichts des umfassenden Versicherungsschutzes von äußerst geringer Bedeutung[12].

Der Ansicht Böhmers ist entgegenzuhalten, daß sich der Ehegatte bzw. der Gesellschafter angesichts des heutigen Massenverkehrs nicht mit dem Beifahrer allein auf der Straße befindet; er läuft bei verkehrswidrigem Verhalten immer Gefahr, sich selbst oder einen anderen Verkehrsteilnehmer zu schädigen, dem er unbeschränkt haftet[13].

Wie dargelegt, sind somit die Auswirkungen des milderen Haftungsmaßstabes auf den Straßenverkehr äußerst gering. Wirkung entfaltet das Haftungsprivileg auch im Straßenverkehr nur dem Gesellschafter bzw. dem Ehegatten gegenüber, die Allgemeinheit und damit allgemein verkehrspolitische Belange werden nicht berührt. Ob in diesen Beziehungen auch bei gemeinsamen Kraftfahrzeugfahrten der Maßstab der diligentia quam in suis gilt, kann sich folglich nur aus diesen Verhältnissen und nicht aus dem kaum tangierten allgemeinen Verkehrsrecht ergeben.

Anzuknüpfen ist vielmehr hinsichtlich des § 1359 BGB an die auch vom BGH in Erwägung gezogene Entstehungsgeschichte der Norm, dem mit ihr verfolgten Zweck und den berührten Interessen.

---

12) Zutreffend Hoffmann, NJW 1967, 1207;
13) Darauf weist auch Wilts, VersR 1967, 105 (107) hin.

II. Keine Beschränkung auf vermögensrechtliche Beziehungen.

1. Keine starre Festlegung des ehelichen Pflichtenkreises durch den Gesetzgeber.

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die entsprechenden Regelungen des römischen Rechts und verschiedener landesrechtlicher Kodifikationen wurde die Haftungsmilderung zwischen Ehegatten in das BGB aufgenommen[14].

Nachdem im älteren römischen Recht der Ehemann überwiegend für culpa (levis) haftete[15], tauchte erstmals bei Ulpian[16] und Paulus[17] hinsichtlich der dos die Haftungsbeschränkung auf die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt auf. Die dos, das von der Ehefrau dem Ehemann zum Zwecke der Bestreitung des Hausstandes überlassene Vermögen, ging in früherer Zeit vollständig in das Vermögen des Ehemannes über. Später entwickelte sich für den Ehemann bzw. dessen Erben die Verpflichtung, die Mitgift bei Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung zurückzugeben. Parallel zu dieser Entwicklung wurde auch die diligentia quam in suis eingeführt, die dann auch noch auf das der Ehefrau verbliebene Vermögen (Paraphernalvermögen), sofern vom Ehemann verwaltet, ausgedehnt wurde[18].

Landesrechtlich war dieses dem Ehemann zukommende Privileg in § 1665 des sächsischen GB sowie dem ALR II 1 §§ 554 ff. verankert, und zwar wurde im ALR die Haftung des Ehemannes nach den jeweiligen Bestandteilen des Frauenvermögens ver-

---

14) Mugdan, Motive IV, S. 64;

15) Dazu im einzelnen Hoffmann, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, S. 25;

16) D.24.3.24

17) D.23.3.17

18) Eingehend Pernice, Labeo II, S. 365; von Mutzenbecher, Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto, S. 47 f., 54;

schieden bestimmt[19].

Bei den dem BGB-Gesetzgeber vorliegenden Kodifikationen erstreckte sich der Schwerpunkt der diligentia quam in suis ersichtlich auf das Gebiet der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten. Dieser historische Anwendungsbereich war daher auch Ausgangspunkt des § 1279 des I. Entwurfs:

> Ein Ehegatte ist in Ansehung der Erfüllung einer Verpflichtung, welche ihm aufgrund des § 1278 (Schlüsselgewalt) oder infolge des gesetzlichen oder vertragsmäßigen ehelichen Güterrechts gegenüber dem anderen Ehegatten obliegt, nur zur Anwendung derjenigen Sorgfalt verpflichtet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Neben dieser Fassung lag der II. Kommission ein Änderungsantrag vor, der - von redaktionellen Abweichungen abgesehen - der heutigen Fassung des § 1359 BGB entspricht. Diese Fassung, die "die im § 1279 ausgesprochene Beschränkung der Haftung nicht nur hinsichtlich der aufgrund des § 1278 und infolge des ehelichen Güterrechts entstandenen Verpflichtungen, sondern hinsichtlich aller Verpflichtungen, welche sich auf das eheliche Verhältnis gründen, eintreten läßt", wurde der Vorzug gegeben[20].

Diese geänderte Formulierung des § 1359 BGB und die in den Protokollen zu dieser Änderung angegebene Begründung zeigen

---

19) Eine derartige abgestufte Haftung wurde in den Motiven als nicht praktikabel bezeichnet und eine Übernahme in das BGB abgelehnt. (Mugdan IV, Motive S. 67); ebenso wurde eine allgemeine Haftungsmilderung auf grobe Fahrlässigkeit in Anlehnung an das lüb. G. vom 10.2.1862, Art. 4, nicht für empfehlenswert erachtet.

20) Mugdan IV, Protokolle S. 741 f.;

deutlich, daß der Gesetzgeber den Rahmen der der Haftungserleichterung zwischen den Ehegatten im römischen Recht und den darauf aufbauenden landesrechtlichen Vorschriften gezogen war,als zu eng empfunden hat und er für das BGB eine umfassendere, über die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten hinausführende Regelung erlassen wollte[21].

Damit läßt sich die Meinung derjenigen Autoren, die aufgrund der historischen Interpretation zu einer Beschränkung auf die vermögensrechtlichen Beziehungen gelangen[22], nicht mehr länger aufrecht erhalten[23]. Zwar ist richtig, daß der Gesetzgeber das Haftungsprivileg ursprünglich nach römischem Vorbild auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten beschränken wollte. Übersehen wird dabei jedoch die von der II. Kommission vorgenommene durchgreifende Änderung, die nicht nur zu einer Vermehrung der Anwendungsfälle der diligentia quam in suis im BGB überhaupt[24], sondern zudem bei § 1359 BGB zu einer neuen, umfassenden Konzeption führte.

Gegen die Beschränkung auf vermögensrechtliche, vor allem güterrechtliche Beziehungen spricht auch die Einordnung des § 1359 BGB unter die Vorschriften, welche die Ehe im allgemeinen betreffen. Einer derartigen systematischen Einordnung der Norm läuft eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf ein Teilgebiet des ehelichen Zusammenlebens zuwider[25]. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift und ihre Einordnung unter die

---

21) So auch Magis, Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch bei Verletzung der ehelichen Treue, S. 39; Wilts, VersR 1967, 105 (106);

22) Böhmer, MDR 1959, 816; 1965, 713; Dölle I, S. 684; Rother, Haftungsbeschränkung, S. 192; Hoffmann, NJW 1967, 1209; Hauss, Festschrift für Möhring, S. 358; Kötz, NJW 1967, 1213;

23) So zutreffend Wilts, a.a.O.;

24) Ursprünglich war die diligentia quam in suis nur für das Gesellschaftsverhältnis und die Beziehung der Ehegatten vorgesehen (Mugdan II, Motive S. 15);

25) Zutreffend Magis, a.a.O., S. 39; Wilts, VersR 1967, 105(106);

allgemeinen Vorschriften des Eherechts weisen vielmehr auf ein den Bereich des Güterrechts sprengendes Anwendungsgebiet hin.

2. Die als tragend angesehenen Gesichtspunkte für die Einführung des Haftungsprivilegs.

Hat mithin der BGB-Gesetzgeber durch die Aufnahme des umfassenden Begriffs des "ehelichen Verhältnisses" und der daraus resultierenden Verpflichtungen deutlich zu erkennen gegeben, daß § 1359 BGB nicht nur auf vermögensrechtliche Beziehungen der Ehegatten Anwendung finden soll, so sind auch die zum gemeinen Recht angestellten Überlegungen, welcher leitende Gedanke diesem Haftungsprivileg zwischen den Ehegatten zugrunde liegt, nur noch insofern Bedeutung, als die vermögensrechtlichen Beziehungen unstreitig auch unter den Begriff der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen fallen und somit eine Untersuchung der zu diesem Teilbereich vertretenen Ansichten Hinweise auf die die Haftungsbeschränkung tragenden Gesichtspunkte geben kann.

a. Gemeines Recht

Treitschke hat die Auffassung vertreten, sämtlichen Beziehungen in denen nur für die in eigenen Angelegenheiten angewandte Sorgfalt einzustehen sei, liege ein einheitliches Prinzip zugrunde. Danach handelt es sich bei allen, im gemeinen Recht nur diligentia quam in suis verlangenden Fällen um die Verwaltung eines Vermögens, bei der aber keine eigentliche Stellvertretung vorliege (wo jede Fahrlässigkeit zu vertreten sei), sondern der Verwalter aufgrund besonderer Umstände zu dieser Stellung gekommen sei und zudem immer sein eigenes Interesse berührt werde. Da man bei dieser Interessenkollission davon ausgehen könne, daß der Verwalter die ihm mögliche Sorgfalt anwende und schon im Interesse seines Vermögens tue, was er könne, sei es natürlich, bei all dem nur nachzufragen, wie er sich in eigenen Geschäften benehme[26].

---

26) Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft, S. 55 ff.;

Ein Fortschritt gegenüber dieser rein vom Vermögensrecht ausgehenden Argumentation ist der Hinweis von Hesse auf das eheliche Verhältnis und die engen persönlichen Beziehungen der Ehegatten. Der Mann solle "so genommen werden, wie er sich in seinem eigenen Hauswesen darstellt an Einsicht, Vorsicht und Tätigkeit; er soll nicht gezwungen werden, gewissermaßen ein anderer zu werden in all diesen Eigenschaften".[27)]

Hierbei erscheint bemerkenswert, daß die Position des Mannes von zwei Seiten betrachtet wird: Zum ersten vom Standpunkt der Ehefrau aus, die in diesem Fall (bei der dos) der vom Haftungsprivileg betroffene Partner ist, indem ihr zugemutet wird, ihren Ehemann so zu nehmen, wie er nun einmal ist. Zum zweiten vom Standpunkt des Mannes aus, dem das Privileg zugute kommt. Er soll nicht gezwungen werden, sein Wesen zu verändern; es wird ihm gestattet, sein schon bisher an den Tag gelegtes Verhalten beizubehalten. Auf die Bedeutung dieser Unterscheidung ist bei der dogmatischen Einordnung des § 1359 BGB zurückzukommen.

Ebenfalls von den Versuchen, die Haftungsprivilegierung vor allem aufgrund der vermögensrechtlichen Beziehungen zu erklären, abgehend, sucht Thibaut für jeden einzelnen Anwendungsfall der diligentia quam in suis eine selbständige, auf das jeweilige Verhältnis zugeschnittene Erklärung. Beim Haftungsprivileg des Ehemannes stellt er darauf ab, daß die Frau ihren Ehemann so zu nehmen habe, wie Gott ihn geschaffen hat und wie es mit der "blinden Liebe" genau verbunden sei[28)].

Weniger poetisch und auf juristische Momente zurückgreifend vertritt Pernice die Auffassung, im römischen Recht sei keine rechtslogische Begründung zu finden; das Haftungsprivileg beruhe auf aus den engen persönlichen Beziehungen der Ehegatten

---

27) Hesse, AcP 61, 203 (220 f.);

28) Thibaut, AcP 9, 88 (96);

herzuleitenden Billigkeitsrücksichten[29].

b. Bürgerliches Recht

Auf dieser römische-rechtlichen Überlieferung basiert auch die in den Motiven zum I. Entwurf des § 1359 BGB verwendete Begründung. Beachtenswert ist, daß die engen vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten erst in zweiter Linie erwähnt werden und zur Begründung des Haftungsprivilegs vor allem auf die besondere Natur des ehelichen Verhältnisses abgestellt wird[30]. Diese Tendenz, das Haftungsprivileg im Verhältnis der Ehegatten aufgrund der besonderen Natur der ehelichen Beziehungen oder dem Wesen der Ehe zu erklären, hat sich infolge der schließlich Gesetz gewordenen weiteren Fassung allgemein durchgesetzt[31].

Besonders von Hagen hat schon unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB klar erkannt, "daß der im bürgerlichen Recht für die Abmilderung der ehemännlichen Verbindlichkeiten maßgebende zivilpolitische Gesichtspunkt ein anderer wie im gemeinen Recht sein muß"[32].

Aufgrund eingehender Untersuchungen über die der diligentia quam in suis im allgemeinen und der Haftungsmilderung zwischen Ehegatten im besonderen zugrundeliegenden Erwägung kommt von Hagen zum Ergebnis, die diligentia quam in suis beruhe auf einem ethischen und sozialen Moment. Das ethische Moment erfordere die Berücksichtigung individueller Eigenheiten; diese Berücksichtigung sei ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit und zuweilen durch die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr geboten[33].

---

29) Pernice, Labeo II, S. 365; ebenso von Mutzenbecher, Beiträge, S. 64 f.;

30) Mugdan IV, Motive S. 64;

31) Hörle, ArchBürgR 31, 113 (167); Weimar, MDR 1959, 177; Roloff, VersR 1964, 704; Soergel-Siebert-Vogel, § 1359 Anm. 2; Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 1;

32) von Hagen, Die sog. culpa in concreto, S. 52;

33) A.a.O., S. 7;

Aus dieser allgemeinen Erkenntnis wird speziell für das in § 1359 BGB niedergelegte Haftungsprivileg zwischen den Ehegatten gefolgert: Die abgeschwächte eheliche Haftung beruhe auf der vom Gesetzgeber vertretenen Auffassung von der Ehe als einer vorwiegend dem Sittengesetz unterliegenden Einrichtung. Dieses Ideal der Ehe habe in § 1359 BGB seinen Niederschlag gefunden und diesem Ideal wäre die praktische Verwirklichung versagt, wenn man die Eigenart der jeweils verbundenen Personen nicht berücksichtigen würde. Die Beschränkung der ehelichen Verantwortlichkeit ermögliche es, den jeweiligen sozialen Verhältnissen, dem Bildungsgrad und der Intelligenz des einzelnen Rechnung zu tragen[34].
Von Hagen begnügt sich also nicht damit, zur Begründung des abgemilderten Haftungsmaßstabes lediglich auf das Wesen der Ehe zu verweisen, sondern versucht, indem er die Anwendung des subjektiven Haftungsmaßstabes bei bestimmten Rechtsverhältnissen als ein Gebot von Treu und Glauben ansieht, den jedem Ehegatten zukommenden Freiheitsspielraum bzw. die ihm obliegenden Duldungspflichten abzugrenzen.

Eine derartige Begründung, die sowohl den Handlungsspielraum als auch die jeweils korrespondierende Duldungspflicht herausarbeitet, findet sich auch bei Endemann[35]. Schon frühzeitig versucht dieser, den Sinngehalt des § 1359 BGB von diesen beiden Positionen her auszuleuchten. Daß die Erfüllung der ehelichen Pflichten so hingenommen werden muß, wie es der Sorgfalt und Eigenart des Ehepartners entspricht, folgert er aus dem wechselseitigen Vertrauen, auf dem die Ehe beruht. Der Grund für den eingeräumten Handlungsspielraum wird darin gesehen, daß von einem Ehegatten sein ganzes Leben lang nur eine der Veranlagung entsprechende Sorgfalt verlangt werden könne[36].

---

34) Von Hagen, Die sog. culpa in concreto, S. 53 ff.;

35) Endemann II, S. 294, FN 19;

36) Auf das Moment der Dauer stellt auch Strupp (Schadensersatz wegen Ehebruchs etc., S. 20) ab. Es gehe über Menschenvermögen, eine ganze Lebenszeit korrekt und fehlerlos zu handeln.

Nach Clauss, der als einziger in jüngster Zeit versucht, sämtliche Fälle der diligentia quam in suis auf ein gemeinsames Prinzip, die Idee der Gemeinschaft, zurückzuführen, erklärt sich die Haftungsmilderung vom Blickwinkel des verpflichteten Ehegatten aus gesehen damit, daß bei einer Haftung für jede Fahrlässigkeit das Zusammengehörigkeitsgefühl und damit schließlich auch die Familie leiden würde[37].

Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die Institution der Familie. Damit wird eine dritte Komponente mit in die Diskussion gebracht, die - wie noch zu zeigen sein wird - für den Anwendungsbereich des § 1359 BGB nicht ohne Bedeutung ist.

Ansonsten wird sowohl in der Literatur als auch der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, die sich anläßlich der Kraftfahrzeugunfälle von Ehegatten mit dem Problem beschäftigten, immer allein auf die Duldungspflicht des geschädigten Ehepartners abgestellt: Der Ehegatte müsse den andern nehmen, wie er nun einmal sei[38], außerdem erwarteten die Ehegatten regelmäßig nicht, daß der andere Teil Ersatz leiste[39].

Diese allein auf den geschädigten Partner abstellende Argumentation hat Ähnlichkeit mit der schon vom Reichsgericht für Eigentumsansprüche an Haushaltsgegenständen und später für vermögensrechtliche Ansprüche unter Ehegatten überhaupt aufgestellten Grundsatz, auch bei diesen Beziehungen zwischen den Ehegatten dürfe die dem § 1353 BGB zugrundeliegende Auffassung vom Wesen der Ehe nicht außer Betracht gelassen werden. Eine Berücksichtigung könne dazu führen, solche Ansprüche, wenn sie den Umständen nach dem Wesen der Ehe widersprechen würden,

---

37) Clauss, FamRZ 1959, 41 f.;

38) Hauss LM § 426 Nr. 17; Weimar, MDR 1959, 177; Staudinger-Hübner, § 1359 Anm. 1; Beitzke, Familienrecht, S. 63;

39) Clauss, FamRZ 1959, 42; Roloff, VersR 1964, 704; OLG Düsseldorf, VersR 1959, 568;

ganz auszuschließen[40]. Vom BGH wurden diese Grundsätze übernommen und auch auf Gestaltungsrechte ausgedehnt[41].

Charakteristisch für diese Rechtsprechung ist, daß die Geltendmachung eines Rechts, die dem sittlichen Wesen der Ehe widerspricht, verhindert werden soll. Die Rechtsprechung hat hier eine Art Damm gegen rechtsmißbräuchliches Verhalten errichtet, wobei jedoch keine generell Aussage gemacht, sondern auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt wird[42]. Da aber § 1359 BGB mit rechtsmißbräuchlichem Verhalten nichts zu tun hat, kann eine allein auf den geschädigten Ehegatten abstellende und dessen evtl. Ansprüche in Frage stellende Betrachtungsweise nicht zutreffend sein. Nicht zutreffend vor allem aufgrund der oben dargelegten Einordnung der diligentia quam in suis in den Gesamttatbestand der Rechtsfolgenormen und deren Qualifizierung als Verhaltensnorm, nach der sich der Ehegatte, also der Verpflichtete, dem sein eigenübliches Verhalten ja überaus geläufig ist, soll richten können[43].

Auch auch Wortlaut und Sinn der Norm sprechen gegen eine derartige Betrachtungsweise. In § 1359 BGB wird doch ersichtlich derjenige Ehegatte angesprochen, dem die eheliche Pflicht obliegt und der in Ausübung dieser Pflicht handelt. Daß eine Auslegung des § 1359 BGB, die sich nur nach dem geschädigten Ehegatten orientiert, mit der dieser Norm im System der allgemeinen Ehepflichten zukommenden Funktion nicht vereinbar ist, ergibt auch eine grundsätzliche Analyse des Wesens der Ehe.

---

40) RGZ 87, 56 (62); 95, 332; RG Recht 1921 Nr. 1911; RGLZ 1923, 450 (451); RG JW 1924, 678;

41) BGHZ 34, 80 ff.; BGHZ 37,38 ff.;

42) Gernhuber, Familienrecht, S. 149;

43) Oben 2. Abschnitt, III, IV;

III. § 1359 BGB als gesetzlich normierte Ausprägung der Regulativfunktion[44] der ehelichen Generalklausel.

So verschieden die einzelnen zur Rechtfertigung des § 1359 BGB vorgebrachten Gesichtspunkte auch sein mögen, im Grundtenor schwingt immer die Berufung auf das Wesen der Ehe mit, ja oftmals dient dieser Hinweis als einzige Begründung[45]. Ob und inwieweit die Natur des § 1359 BGB mit diesen Erwägungen zurecht charakterisiert wird und welche sachlogischen Gesichtspunkte sich hinter diesem Begriff verbergen, kann nur ein Zurückgehen auf die das Eherecht beherrschende Generalklausel ergeben.

1. Die eheliche Generalklausel.

a. Allgemeine Grundsätze

Unter ausdrücklichem Verzicht auf die im preußischen ALR II 1 §§ 174 ff., § 1360 des sächsischen GB sowie Art. 212 code civil durchgeführte enumerative Aufzählung der sich aus dem ehelichen Verhältnis für die Ehepartner ergebenden Rechte und Pflichten beschränkte sich der BGB-Gesetzgeber darauf, "die sittlichen Grundgedanken des unter den Ehegatten begründeten persönlichen Verhältnisses durch einen leitenden Grundsatz im Gesetz auszusprechen", was zu der Regelung des § 1353 BGB führte, wonach Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind[46].

Wie in den Motiven ausdrücklich betont wird, handelt es sich hier um die Generalklausel des Eherechts. Wie im Obligationenrecht Treu und Glauben, so bilde im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage, von welcher bei der Auslegung des Gesetzes und bei Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der

---

44) Begriff in Anlehnung an Gernhuber, Familienrecht, S. 148;

45) Etwa bei Soergel-Siebert-Vogel, § 1359 Anm. 2;

46) Motive IV, S. 104;

Ehegatten untereinander auszugehen sei.

Maßgebend für diese Regelung war, daß einerseits eine ins einzelne gehende Aufzählung angesichts der sich aus der Ehe schon von selbst ergebenden Pflichten als überflüssig angesehen wurde, andererseits der sittliche Inhalt der Ehe doch nicht erschöpfend geregelt werden könne[47].

Auch bei den Beratungen anläßlich des Gleichberechtigungsgesetzes wurde die Anregung, einige Hauptpflichten enumerativ aufzuzählen, aus im wesentlichen denselben Gesichtspunkten nicht angenommen und die Norm daher unverändert gelassen[48].

Bei der Bestimmung dessen, was aufgrund dieser "hervorragend präzisierbaren" (Gernhuber) Generalklausel aus dem rein sittlichen Bereich der Ehe herausgehoben und gleichzeitig auch zu Rechtspflichten erhoben wurde, legen sich Rechtsprechung und Literatur mit Recht Zurückhaltung auf[49]. Nur wenige allgemeine Rechten und Pflichten wie etwa die eheliche Treue, gegenseitige Achtung und Rücksichtnahme und die Pflicht zum Zusammenleben werden hervorgehoben[50]. Ansonsten wird darauf verwiesen, was eine recht verstandene Ehe jeweils erfordere, hänge von der Situation der Zeit ab und sei je nach Persönlichkeit, Beruf, sozialer und wirtschaftlicher Stellung der Ehepartner verschieden[51]. Auf eine kurze Formel gebracht, läßt sich das, was eine Ehe jeweils verlangt, dahin kennzeichnen, daß "die Ehegatten alles zu unterlassen haben, was den Zweck der Ehe stören oder vereiteln könnte und zu tun haben

---

47) Motive IV, S. 104;

48) Vgl. Schwarzhaupt, FamRZ 1957, 33;

49) Vgl. etwa Lehmann-Henrich, Familienrecht, S. 63; BGB-RGRK Scheffler, § 1353 Anm. 2; Staudinger-Hübner, § 1353 Anm. 11; Gernhuber, Familienrecht, S. 145;

50) So schon die Motive, a.a.O.; BGB RGRK Scheffler, § 1353 Anm. 2;

51) Alebrand, FamRZ 55, 348 (349); Dölle I, S. 392; Staudinger-Hübner, § 1353 Anm. 11; Lehmann-Henrich, a.a.O.;

was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist[52].

Wie diese universelle Zielrichtung zeigt, kann sich der Wirkungsbereich der Norm nicht darin erschöpfen, nur Grundlage der aus der Ehe fließenden Pflichtensituationen zu sein, vielmehr muß die konkrete Ausgestaltung dieser Pflichtensituation ebenfalls von § 1353 BGB bestimmt werden. In den Motiven[53] wird bereits darauf hingewiesen, das richtige Verständnis und die richtige Bewertung der hervorgehobenen Pflichten können nur durch ein Zurückgehen auf den allgemeinen Grundsatz gewonnen werden; also eine Modifikation schon bestehender Pflichten durch die Generalklausel angedeutet.

b. Schrankenfunktion[54].
Dieser dem § 1353 BGB zukommenden Gestaltungsfunktion hat die Rechtsprechung schon frühzeitig Rechnung getragen und der Rechtsausübung der Ehegatten untereinander bestimmte Grenzen gezogen[55]. Danach ist eine dem sittlichen Wesen der Ehe widersprechende Geltendmachung von Ansprüchen rechtsmißbräuchlich. Dieser, aus dem sittlichen Wesen der Ehe gefolgerten Einschränkung gewisser den Ehepartnern zustehender Rechte wird auch von der Lehre zugestimmt. Die ehelichen Rechtspositionen könnten in § 1353 Abs. 1 BGB ihren Grund, aber auch ihre Schranken finden[56].

---

52) BGB-RGRK-Scheffler, § 1359 An. 2;
53) Motive IV, S. 104;
54) Begriff in Anlehnung an Gernhuber, Familienrecht, S. 148;
55) Näher oben S. 90 f.;
56) Hanisch, NJW 1963, 1033 (1038); vgl. schon Planck-Unzner, § 1353 Anm. 1; Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis, S. 382; Dölle I, S. 394; Staudinger-Hübner, Vor § 1353 Anm. 27; ganz klar herausgearbeitet wurde diese Funktion des § 1353 BGB von Gernhuber in Anlehnung an die zu § 242 BGB verwendete Terminologie (Familienrecht S. 148 f.);

c. Regulativfunktion.

Eng verbunden mit der Bestimmung des vom sittlichen Wesen der Ehe geforderten Pflichtenumfanges ist die Frage nach den bei Erfüllung dieser Pflichten an die Partner zu stellenden Anforderungen und dem hierbei anzulegenden Maßstab. Wenn hinsichtlich der von den Ehepartnern geforderten Pflichten immer wieder auf die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Persönlichkeit der Ehegatten abgestellt wird[57], so weist das nicht nur auf die Situationsabhängigkeit des Pflichtenumfanges, sondern auch auf die Situationsabhängigkeit der Art und Weise der Pflichterfüllung hin. Da Pflichtenumfang und Pflichteninhalt nur schwer zu trennen sind, der Umfang den Inhalt mitbestimmt, müssen die für den Umfang der ehelichen Pflichten maßgebenden Kriterien auch Richtlinie für die Art und Weise der Pflichterfüllung sein.

Diese "regulative Funktion" des § 1353 BGB hat in § 1360 a BGB, wonach der Familienunterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Form zu leisten ist sowie in § 1356 Abs. 2 BGB, wonach in Beruf oder Geschäft des Ehepartners mitzuarbeiten ist, soweit es nach den Verhältnissen der Ehegatten üblich ist, eine gesetzliche Konkretisierung erfahren[58]. In diesen beiden Beispielen ist ein eindeutiges Abstellen auf die jeweilige Situation, in der sich die Ehegatten ihren ganzen Verhältnissen nach befinden, zu erkennen. Ein Abstellen sowohl auf den wirtschaftlichen Zuschnitt der Ehe, aber auch ein Abstellen auf die Persönlichkeit der Ehegatten, ihr Alter, ihren Beruf und ganz allgemein ihre Fähigkeiten.

Die Berücksichtigung der Persönlichkeit, des Individuums ist eines der wesentlichsten Merkmale der ehelichen Lebensgemeinschaft, in der "sachgerecht" weitgehend soviel wie "menschengerecht" bedeutet[59]. Die Rücksichtnahme auf die Einzelper-

---

57). Oben Anm. 51;

58) Gernhuber, Familienrecht, S. 148; Dölle I, S. 420, 431;

59) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 36;

sönlichkeit ist somit ein wesentliches Postulat des sittlichen Wesens der Ehe. Konkret zu berücksichtigen ist sie im Hinblick auf die Bestimmung des Umfanges der ehelichen Verpflichtungen, aber notwendigerweise auch bei deren Ausführung, der Art und Weise der Pflichterfüllung.

2. Schematisierung der Regulativfunktion in § 1359 BGB. Auf die Art und Weise der Pflichterfüllung wird aber in § 1359 BGB hingewiesen. Der handelnde Ehegatte hat bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen nur die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt anzuwenden. Da es sich bei der diligentia quam in suis vor allem um eine Verhaltensnorm handelt[60], wird dem Ehegatten gesagt, wie er die ehelichen Pflichten zu erfüllen hat. Die Art und Weise der Pflichterfüllung wird in § 1359 BGB von der Einzelpersönlichkeit abhängig gemacht; diese Berücksichtigung des Individuums ist aber eines der Elemente der Regulativfunktion des § 1359 BGB[61]. Von den sämtlichen Komponenten, die jeweils bei der Art und Weiseder Pflichterfüllung zu berücksichtigen sind und von denen sowohl Pflichtenumfang als auch Pflichteninhalt abhängen, hat der Gesetzgeber das eigenübliche Verhalten der Ehegatten herausgenommen und in § 1359 BGB verselbständigt.

Dieser verselbständigte Teil der Regulativfunktion unterscheidet sich von dem in § 1353 BGB niedergelegten Prinzip dadurch, daß nicht von Fall zu Fall zu prüfen ist, was die Persönlichkeit des Verpflichteten gerade erfordert und wie die Pflicht zu erfüllen ist. Vielmehr wird bei jeglicher Pflichterfüllung vom konkreten Fall und den obwaltenden Umständen insofern abgesehen, als der Ehegatte bei Erfüllung der ehelichen Pflichten immer nur die eigenübliche Sorgfalt anzuwenden braucht. Es handelt sich hierbei um eine Schematisierung des

---

60) Oben Abschn. 2, IV;

61) Allgemein zur Regulativfunktion des § 1353 BGB Gernhuber, Familienrecht, S. 148;

die Einzelpersönlichkeit berücksichtigenden Teils der Regulativfunktion.

Anstelle diffiziler Einzelerwägungen, die exakt doch nur von einem nachträglichen Beobachter vollzogen werden können und dem konkreten Zusammenleben der Ehepartner wenig dienen, hat hier der Gesetzgeber den Ehegatten mit der diligentia quam in suis einen Maßstab an die Hand gegeben, der von beiden Partnern leicht zu erkennen ist und der, da er in höchstem Maße dem Individuum gerecht wird, im Verhältnis der Ehegatten auch angemessen ist. Denn § 1359 BGB sagt dem einen Partner, auf welche Art und Weise er die ehelichen Verbindlichkeiten zu erfüllen hat und er sagt gleichzeitig dem anderen Partner, mit welcher Art und Weise der Pflichterfüllung er rechnen kann und legt damit gleichzeitig dessen Duldungspflicht fest.

Hat man die Funktion des § 1359 BGB als gesetzliche Ausprägung der dem § 1353 Abs. 1 BGB immanenten Regulativfunktion erkannt, so ist ersichtlich, daß eine Begründung für diese Begünstigung nicht aus der Sicht des geschädigten Ehepartners erfolgen kann. Dessen Duldungspflicht ist nur eine notwendige Konsequenz der Entscheidung des Gesetzgebers. Es ist zwar richtig, daß der Ehegatte so genommen werden muß, wie er nun einmal ist. Dies erscheint in gewissen Grenzen angesichts der genauen Kenntnis des Partners und der Gegenseitigkeit des Vorteils auch nicht unbillig. Wollte man aber diesen Gesichtspunkt als Hauptbeweggrund für die gesetzliche Regelung ansehen, so wäre zu fragen, warum der Gesetzgeber grob fahrlässiges Verhalten ausnimmt, obwohl auch dieses durchaus der Eigenart eines Ehepartners entsprechen kann.

Richtiger Ausgangspunkt ist das Handeln und die Sphäre des Ehepartners, dem die in Frage stehende eheliche Verpflichtung obliegt. Der Gesetzgeber hat hier eine Wertentscheidung getroffen und den Freiheitsspielraum des verpflichteten Ehe-

gatten erweitert. Diese Entscheidung ist insofern mit dem sittlichen Wesen der Ehe vereinbar, ja wird sogar von diesem gefordert, als die Ehe - auch als Institution gesehen - vor allem ein Zusammenschluß zweier Individuen und keinen Selbstzweck darstellt. Die Berücksichtigung des Individuums in einem gewissen Rahmen läuft der Ehe als Institution, die auf dieser Individualität beruht und von ihr getragen wird, nicht zuwider.

Der einzelne Ehepartner wird zwar als Glied der Ehe und somit als "Sozialgestalt" erfaßt[62]. Inwieweit aber die Sozialgestalt von dem jeweiligen Sozialverhältnis abhängig ist, inwieweit sie in das Sozialverhältnis einbezogen und der Sachgesetzlichkeit desselben erfaßt wird, unterscheidet sich je nach Gestaltung dieses Sozialverhältnisses. Besondere Bedeutung kommt für diese Beurteilung der Art und Dauer des Verhältnisses zu. Lediglich flüchtige Begegnungen zwischen Menschen müssen nach anderen Gesichtspunkten beurteilt werden als die ihrem sittlichen Ideal nach auf Dauer angelegte Ehe[63]. Bei den flüchtigen Begegnungen des Alltags wird nur das Äußere, das Genormte der Person erfaßt, während die länger dauernden Beziehungen zwischen den Partnern eine ganz andere "Hafttiefe" erzeugen[64]. Bei der Ehe ist aber infolge der Dauer die Intensität der Beziehungen, das Aufeinanderangewiesensein, viel stärker ausgeprägt, so daß notwendigerweise die ganze Persönlichkeit in die Betrachtung einbezogen werden muß.

Die Rücksichtnahme auf die Einzelpersönlichkeit ist vom Gesetzgeber in § 1359 BGB durchgeführt. Diese Vorschrift gewährleistet nach Hübner "die personenrechtliche Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft"[65].

---

62) Henkel, Recht und Individualität, S. 10;
63) Dölle I, S. 53;
64) Henkel, a.a.O., S. 10 f.;
65) FamRZ 1962, 1 (7);

Gegen eine zu starke Berücksichtigung des Individuums im ehelichen Verhältnis haben sich in jüngster Zeit mehrfahr Stimmen erhoben[66]. Die Besorgnis hinsichtlich der Zurücksetzung des "genossenschaftlichen" Gedankens gegenüber der individuellen Autonomie der Ehepartner, wie sie auch in § 1359 BGB ihre Ausprägung erfahren hat, verliert angesichts einer zutreffenden, aus § 1359 BGB zu entnehmenden Abwägung der einzelnen mit der Ehe verfolgten Zwecke ihre Schärfe.

Eine wohlverstandene eheliche Lebensgemeinschaft verlangt zum ersten eine gewissenhafte Abwägung der Interessenbereiche beider Ehegatten, hinsichtlich des § 1359 BGB insbesondere eine Abwägung des den Ehepartnern zustehenden Freiheitsspielraums und der damit notwendigerweise korrespondierenden Duldungspflicht des andern Partners, deren Grundlage in § 1353 BGB zu sehen ist. Zum andern müssen die individuellen und überindividuellen Zwecke in Einklang stehen, zwischen der Ehe als Individualbeziehung und der Ehe als Institution ist ein sinnvolles Verhältnis zu finden[67].

In dieses Spannungsfeld ist § 1359 BGB sinnvoll einzuordnen; Inhalt und Grenze der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen sind unter Berücksichtigung dieser Ziele festzustellen.

---

66) Hübner, FamRZ 1962, 1 (6); Fabricius, FamRZ 1963, 113; Dölle I, S. 54;

67) Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis II, S. 378; Ehe und Recht, S. 37; Dölle I, S. 53; Gernhuber, Familienrecht, S. 137;

IV. Abgrenzung zum Kern- und Randbereich der Ehe.

§ 1353 BGB verpflichtet die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft und macht damit die sich aus dem Wesen der Ehe ergebenden sittlichen Bindungen zu Rechtspflichten. Ebenfalls auf die rechtliche Pflichtenstellung der Ehepartner wird abgestellt, wenn § 1359 BGB bestimmt, daß die Ehegatten bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen nur für die Eigensorgfalt einzustehen haben. In § 1353 BGB folgt die Pflichtenstellung aus der ehelichen Lebensgemeinschaft; § 1359 BGB verweist auf das eheliche Verhältnis. Inwieweit diese beiden Begriffe übereinstimmen und damit der Pflichtenumfang derselbe ist, kann dem Gesetz unmittelbar nicht entnommen werden.

Da aber § 1353 BGB als Generalklausel das gesamte Eherecht beherrscht, § 1359 BGB nur eine verselbständigte Funktion dieser Generalklausel darstellt, bildet die eheliche Lebensgemeinschaft, wie sie heute verstanden wird, den Rahmen für das in § 1359 BGB angesprochene "eheliche Verhältnis". Diejenigen Beziehungen und Rechtsverhältnisse, die nicht Ausfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft sind, können auch nicht dem milderen Haftungsmaßstab unterliegen.

1. Die eheliche Lebensgemeinschaft als der weitere Begriff.
Fraglich ist, ob § 1359 BGB den gesamten von der Generalklausel gezogenen Rahmen ausfüllt, d. h. eine Konkurrenz beider Normen hinsichtlich des Anwendungsbereiches besteht, oder ob sowohl bezüglich des Kernbereichs der Ehe als auch des Randbereichs Einschränkungen gemacht werden müssen.

An und für sich müßte sich § 1359 BGB, der ja eine gesetzlich präzisierte Ausprägung der dem § 1353 BGB immanenten Regulativfunktion darstellt, fugenlos in das System der Generalklausel einfügen und sich somit die Frage nach dem Anwen-

dungsbereich erübrigen. Eine der hervorragendsten Eigenschaften der ehelichen Generalklausel ist jedoch ihre Elastizität, die nicht nur erlaubt, dem jeweiligen Zeitgeist, den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen, sondern die auch gestattet, variabel das konkrete Verhältnis der Ehepartner in persönlicher Hinsicht zu berücksichtigen. Diese dem § 1353 BGB eigene Elastizität geht dem § 1359 BGB ab. Indem das Gesetz grundsätzlich bei den sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen nur diejenige Sorgfalt verlangt, die die Ehegatten in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, wird eine bestimmte Starrheit und Schematisierung in dieses variable System gebracht. Es ist nun nicht mehr möglich zu fragen - was an und für sich den Grundgedanken der Regulativfunktion darstellt -, ob in diesem konkreten Fall auf die Eigenheiten des Ehepartners im Interesse eines gedeihlichen, dem Wesen der Ehe entsprechenden Zusammenlebens Rücksicht zu nehmen ist. Unabhängig vom Einzelfall und unabhängig davon, ob eine Rücksichtnahme erforderlich ist, wird dem Ehepartner gestattet, sich so wie in eigenen Angelegenheiten zu verhalten.

Angesichts dieser Schematisierung drängt sich die Frage auf, ob nicht Pflichtensituationen bestehen, bei denen eine Berücksichtigung der Eigenheiten des Ehepartners der Ehe als Institution und der ehelichen Lebensgemeinschaft widerspricht. Gerade aus dem Funktionszusammenhang der §§ 1353, 1359 BGB heraus könnte eine Anwendung der diligentia quam in suis in einem bestimmten Bereich dem mit der Regulativfunktion mitverfolgten Zweck, nämlich eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft zu fördern, zuwiderlaufen. Ein derartiges, durch die in § 1359 BGB vorgenommene Schematisierung mögliches Spannungsverhältnis kann durch Ausklammerung bestimmer Fundamentalpflichten aus dem Wirkungsbereich der Norm gelöst werden.

2. Die eheliche Treue als situationsunabhängige und daher dem § 1359 BGB entzogene Pflicht.

Da sowohl der Umfang der sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden Pflichten als auch die Art und Weise der Pflichterfüllung von den verschiedensten Faktoren abhängig ist, werden die vom sittlichen Wesen der Ehe geforderten Pflichten nur beispielhaft aufgezählt. Als dem sittlichen Wesen der Ehe besonders entsprechend werden aber immer wieder die Pflicht zum Zusammenleben, zur ehelichen Treue und zum gegenseitigen Beistand hervorgehoben[68]. Trotz der Bezeichnung als Fundamentalpflichten wird aber die Situationsabhängigkeit fast aller dieser Pflichten anerkannt und eine Reduzierung derselben auf einen Restbestand für möglich und mit dem Wesen der Ehe vereinbar gehalten[69].

Anders verhält es sich jedoch mit der ehelichen Treuepflicht. Bei dieser handelt es sich um eine höchstpersönliche Pflicht, auf die äußere Umstände und Gegebenheiten nicht in dem Maße einwirken können, um die Pflichterfüllung als unzumutbar erscheinen zu lassen. Zudem ist diese Pflicht derart mit dem sittlichen Wesen der Ehe verknüpft und unmittelbarer Ausdruck der Achtung oder Nichtachtung des Partners, daß der ehelichen Lebensgemeinschaft nur eine unbedingte Einhaltung dieses Gebots entspricht[70].

Ist die Pflicht zur ehelichen Treue somit nicht vom jeweiligen Zuschnitt der Ehe abhängig und die Art und Weise der Pflichterfüllung unabänderlich festgelegt, ist für die Regulativfunktion des § 1353 BGB in diesem Bereich kein Raum, da sich hier die einzelnen Funktionen des § 1353 BGB konträr gegenüberstehen würden. Das heißt weiter, daß auch für eine Berück

---

68) Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft, S. 29; BGB-RGRK Scheffler, § 1359 Anm. 2; Erman-Bartholomeyczik, § 1353 Anm. 1; Beitzke, Familienrecht, S. 50;

69) Gernhuber, Familienrecht, S. 151 f.; Dölle I, S. 393 f.;

70) Gernhuber, a.a.O., S. 151; Staudinger-Hübner, § 1353 Anm.

Abgrenzung der Eigensphären der Ehegatten und somit für die diligentia quam in suis kein Raum ist.

Der Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft ist auch im Hinblick auf den Kernbereich der Ehe gesehen, der weitere. Er umfaßt alle Pflichten die sich in den Ehewirkungen konkretisieren. Da aber eine übergreifende Berücksichtigung der Eigensphären der Ehegatten im Bereich der Treue der neben der Ehe zum Scheitern führen würde, kann der Begriff der ehelichen Verbundenheit, wie er in § 1312 BGB Verwendung findet, dieser Bereichen nicht mehr erfassen. Für die eheliche Treuepflicht ist daher eine teilweise Berücksichtigung persönlicher Interessen angebracht; um so mehr muß die in § 1353 BGB niedergelegte übergreifende Pflichtnorm auf die Eigensphäre der Ehegatten neben der Ehe widersprechen.

Weit schwieriger als die Abgrenzung zum Kernbereich der Ehe ist das Problem der Abgrenzung zum von der Ehe unbeeinflußten und daher dem § 1353 BGB nicht unterliegenden Lebensbereich der Ehegatten. Von dieser Frage hängt insbesondere auch die Beurteilung der aktuellen Fälle wie etwa der gemeinsamen Fahrten im Kraftfahrzeug, ab.

3. Abgrenzungskriterien im Randbereich.

Nach allgemeiner Ansicht umfaßt und beeinflußt die eheliche Lebensgemeinschaft den gesamten Lebensbereich der Ehegatten[71]. Dieser Lebensbereich umfaßt sowohl die persönlichen als auch die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander[72].

---

71) Palandt-Lauterbach, § 1353 Anm. 1; Germhuber FamRZ 1959, 465; Familienrecht, S. 14; Staudinger-Werner § 1353 Anm. 11; Palandt-Lauterbach, § 1353 Anm. 2;

72) Germhuber a.a.O.; RGRK-Scheffler, § 1353 Anm. 2; Soergel-Siebert-Vogel, Vor § 1353 Anm. 1, 2; Dölle I, S. 194; Müller-Freienfels, Festschrift für Rheinstein, S. 540; Erman-Bartholomeyczik, § 1353 Anm. 1 g; Palandt-Lauterbach, Einf. v. § 1353 Anm. 1;

Angesichts der verschiedenen Funktionen der Generalklausel des Eherechts ist aber die Wirkungsbreite nicht immer dieselbe, d. h. der Schrankenfunktion noch zugängliche Bereiche des ehelichen Zusammenlebens können der Regulativfunktion und besonders der normierten Eigensorgfalt des § 1359 BGB entzogen sein. Für den Kernbereich der Ehe wurde dies schon aufgezeigt. Besondere Spannungsverhältnisse ergeben sich aber auch im Randbereich der Ehe, in dem die Einzelinteressen der Ehepartner verstärkt tangiert werden und eine zu starke Einschränkung dieses Interessenbereichs mittelbar auch Auswirkungen auf die Ehe zeitigen würde.

Mit Einführung des an der Individualität ausgerichteten Sorgfaltsmaßstabes hat der Gesetzgeber bestimmten Eigengesetzlichkeiten des ehelichen Verhältnisses, besonders der engen Personenbeziehung, Rechnung getragen. Soweit die Beziehungen der Ehepartner von diesen Eigengesetzlichkeiten beherrscht werden, ist der subjektive Zurechnungsmaßstab gerechtfertigt. Wo aber die Ausstrahlungen der ehelichen Lebensgemeinschaft an Intensität verlieren und den Sachgesetzlichkeiten der einen objektiven Zurechnungsmaßstab erfordernden Beziehungen und Rechtsverhältnisse überlagert werden, muß auch im Verhältnis der Ehegatten ein objektiver Zurechnungsmaßstab gelten.

a. Sowohl hinsichtlich des Vertrags- als auch des Deliktsrechts liegt einem objektiv konzipierten Sorgfaltsmaßstab der Gedanke zugrunde, daß derjenige, der am rechtsgeschäftlichen bzw. allgemeinen Verkehr teilnimmt, die hierzu erforderlichen Fähigkeiten aufweist, sowie die für den konkreten Bereich notwendige Sorgfalt an den Tag legt. Demgemäß soll jeder Vertragspartner und jeder Dritte, der mit dem Rechtsgenossen in Berührung kommt, auf diese dem jeweiligen Verkehrskreis entsprechenden Fähigkeiten vertrauen können[73].

---

73) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 384, Larenz, Festschrift für Wilburg, S. 124; Esser, Schuldrecht AT, S. 247;

Neben dem Grundsatz des Vertrauens im Verkehr ist es vor allem eine gerechte Verteilung des Schadens, welche einen objektiven Zurechnungsmaßstab erfordert. Der dem Geschädigten entstandene Schaden soll ersetzt werden, ohne Rücksicht darauf, inwieweit dem Schädiger die Schadensverursachung nach subjektiven Kriterien vorzuwerfen ist. Diese von subjektiven Momenten unabhängige Schadensverteilung folgt auch aus einer Abgrenzung der Risikobereiche von Schädiger und Geschädigtem[74)]

Sind dies die Hauptgesichtspunkte und Wertungen für einen objektiven Zurechnungsmaßstab, so müssen diese Gesichtspunkte bei einem subjektiven Zurechnungsmaßstab durch andere, dem jeweiligen Rechtsverhältnis und seinen Sonderfunktionen entsprechende Kriterien ersetzt oder überlagert sein.

b. Bei Anlegung eines subjektiven Zurechnungsmaßstabes wird das Individuum nicht nach dem Durchschnittsmaß, sondern nach den Fähigkeiten und Möglichkeiten der eigenen Person beurteilt und sein Handeln dementsprechend bewertet. Damit wird aber der Dritten im allgemeinen Rechtsverkehr zugebilligte Vertrauensschutz auf ein Mindestmaß von Fähigkeiten aufgehoben. Eine derartige, von der Verkehrssicherheit abstrahierte Betrachtungsweise ist nur gerechtfertigt, wo der abstrakte Vertrauensgrundsatz von vornherein durch eine persönliche Vertrauens- und Treuebeziehung ersetzt ist und wo die Fähigkeiten der Partner hinreichend bekannt sind.

Das Abstellen auf einen subjektiven Maßstab bringt ferner eine Verschiebung der Risikobereiche mit sich. Die einzelnen Unzulänglichkeiten des Partners müssen vom Geschädigten teilweise mitgetragen werden. Diese Verschiebung der Risikobereiche kann nur erfolgen, wo diese Bereiche entweder von vornherein nicht genau getrennt werden können und ineinander über-

---

74) Henkel, Recht und Individualität, S. 77; Esser, Schuldrecht AT, S. 247;

gehen, oder das erhöhte Risiko durch andere Maßnahmen ausgeglichen wird. Damit ist die Problematik des gerechten Schadensausgleichs angesprochen. Ein im großen und ganzen nur auf die Verursachung, den Tatbeitrag abstellender Schadensausgleich kann nur entfallen, wenn dieser auf andere, den Beziehungen von Schädiger und Geschädigtem adäquaten Form durchgeführt werden kann oder dieses Verhältnis seiner ganzen Struktur nach eine gemeinsame Schadenstragung erfordert.

c. Die Ehe unserer Tage zeichnet sich durch eine zunehmende Konzentration auf die persönlichen Beziehungen der Gatten aus, die "Persönlichkeits- und Solidaritätsfunktionen" in der Ehe nehmen immer mehr zu. Die Partnerschaft der Ehegatten, die dauernde Begegnung rückt in den Mittelpunkt der ehelichen Lebensgemeinschaft[75]. Dieser "dominierenden Personalbeziehung" (Müller-Freienfels) widerspricht es, den Ehepartner abstrahiert von seiner Eigenpersönlichkeit zu betrachten und von ihm die im jeweiligen Verkehrskreis geforderten Eigenschaften zu verlangen. Der engen persönlichen Verbundenheit entspricht es vielmehr, anstelle des abstrahierten Vertrauensgrundsatzes den Grundsatz der gegenseitigen Treue und Solidarität zu setzen[76]. Überall dort, wo diese engen persönlichen Beziehungen das Verhältnis der Ehepartner beherrschen, ist für den Vertrauensgrundsatz im Verkehr und damit für den objektiv typisierten Sorgfaltsmaßstab kein Platz. Alle personenrechtlichen Beziehungen der Ehegatten unterliegen der Wertungen, die auch dem subjektiven Sorgfaltsmaßstab zugrundeliegen und sind deshalb der diligentia quam in suis unterworfen.

Außerdem gibt es zwischen den einzelnen Interessensphären der Ehegatten in weitem Umfang Überschneidungen, ist der verfolgte Zweck oftmals derselbe. Deshalb kann, wo ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird, keine Trennung der Risikobereiche stattfinden

---

75) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 39 f.;

76) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 379, der zutreffend darauf hinweist, daß ein Vertrauen auf bestimmte Eigenschaften in diesem Bereich nicht geschützt wird.

und kein objektiv-typisierter Sorgfaltsmaßstab Anwendung finden.

Ehegemeinschaft ist Schicksalsgemeinschaft. Diese Schicksalsgemeinschaft zeigt sich insbesondere dann, wenn ein Ehepartner einen Schaden erleidet. Eine Wiedergutmachung dieses Schadens hat zuerst auf dem Wege des Unterhaltsrechts zu erfolgen. Dies ist die adäquate Form, Schäden ehegerecht auszugleichen[77]. Was nicht schon im Wege der Unterhaltspflicht ausgeglichen werden kann, versuchen die Ehegatten durch gemeinsame Anstrengungen zu beheben. Kann ein Schaden auf diese Art und Weise behoben oder doch in einer die Interessen des geschädigten Ehepartners nicht zu sehr beeinträchtigenden Art und Weise gemindert werden, so ist für den rein nach objektiven Kriterien zu bemessenden gesetzlichen Schadensausgleich und somit auch für den objektiv-typisierten Fahrlässigkeitsmaßstab kein Raum.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen: Überall dort, wo das Vertrauen auf ein Mindestmaß von Fähigkeiten vom Gesichtspunkt der Treue und der gegenseitigen Solidarität verdrängt wird, wo die Ehegatten einen gemeinsamen Zweck, der keine Trennung der Risikobereiche erlaubt, verfolgen und eine Wiedergutmachung des Schadens auf einem ehegerechten Weg durchgeführt werden kann, sei es im Rahmen der Unterhaltspflicht, sei es durch gemeinsame Anstrengungen, wird das eheliche Verhältnis vom subjektiven Maßstab beherrscht.
An diesen Grundsätzen gilt es, das jeweilige Handeln zu messen.

4. Einzelabgrenzung.
Dieselben Gründe, die einer exakten Aufzählung der sich aus der ehelichen Gemeinschaft ergebenden Verpflichtungen entgegenstehen, verhindern auch eine exakte Abgrenzung des Begrif-

---

77) Vgl. Hauss, Festschrift für Möhring, S. 358; Staudinger-Hübner, Vor § 1353 Anm. 28; Medicus, JZ 1967, 398 (401) FN 38;

fes "eheliches Verhältnis" in § 1359 BGB. Unproblematisch sind nur die einzelnen, in den §§ 1354 ff. BGB aufgezählten Pflichten[78]. Bei diesen sind die personalen Beziehungen der Ehegatten und der auf die Ehe ausgerichtete Zweck so deutlich, daß von vornherein die Ehepartner mit ihrer gesamten Persönlichkeit zu berücksichtigen sind; so bei der Führung des Haushalts (§ 1356 Abs. 1 BGB), bei der Pflicht zur Mitarbeit (§ 1356 Abs. 2 BGB), der Schlüsselgewalt und der Unterhaltspflicht. Auch im ehelichen Güterrecht steht das persönliche Verhältnis, die zweckbezogene Verwaltung obenan.

Ebenso unproblematisch sind diejenigen Unterlassungsdelikte, bei denen keine allgemeine Rechtspflicht zum Tätigwerden vorliegt, sondern diese Rechtspflicht allein aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringt und daher nur füe die Ehepartner, nicht für jeden Dritten existent ist[79].

Bei den übrigen Rechtsverhältnissen ist darauf abzustellen, inwieweit sie von den persönlichen Beziehungen der Ehepartner beeinflußtund somit der Gesichtspunkt des Vertrauens im Verkehr durch den Gesichtspunkt der Treue ersetzt wird. Angesichts der immer stärker werdenden Bindungen der Ehegatten und der zunehmenden Solidarisierung kommt den meisten Handlungen der Ehepartner diese Personenbezogenheit zu.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die so sehr umstrittenen gemeinsamen Fahrten der Ehegatten im Kraftfahrzeug, so weisen, ohne eine Generalisierung vornehmen zu wollen, zumindest gemeinsame Urlaubs- und Wochenendfahrten diese überragende Personalbeziehung auf. Sie füllen einen Großteil der gemeinsamen Freizeit und somit auch des gemeinsamen Zusammen-

---

78) Abweichend nur Kötz, NJW 1967, 1213;

79) Vgl. hierzu die strafrechtliche Rechtsprechung zu den Garantenpflichten der Ehegatten, RGSt 64, 273; RG LZ 1933, 863; BGHSt 2, 150 (153 f.);

lebens aus, die Personalbeziehung steht im Vordergrund. Die Ehegatten behandeln sich bei diesen Fahrten als Ehepartner und sitzen sich nicht als beliebige Verkehrsteilnehmer gegenüber.

In den übrigen Fällen wird abgewogen werden müssen, ob die Ehegatten einen gewichtigen Grund haben, ihre ehelichen Beziehungen zurückzustellen und die gemeinsame Autofahrt losgelöst von ihrer ehelichen Gemeinschaft durchzuführen.

Auch bei den weiteren Freizeitgestaltungen, bei gemeinsamem Sport und Spiel, Wanderungen und Unterhaltungen überwiegt dieses personenrechtliche Moment, verkehren die Ehegatten als Partner und nicht als allgemeine Verkehrsteilnehmer miteinander. Etwaige körperliche Verletzungen des Ehepartners oder Eigentumsbeschädigungen unterliegen dem § 1359 BGB.

Es geht jedoch nicht an, ganz allgemein darauf abzustellen, der Ehegatte habe Eigentum und Gesundheit bzw. Leben des Partners zu schützen[80]. Eine solch allgemeine Aussage kann zwar der Generalklausel des § 1353 BGB entnommen werden, für die Regulativfunktion des § 1359 BGB ist eine Konkretisierung dieser allgemeinen Pflichtensituation erforderlich. Das Verhalten des Ehepartners muß zielgerichtet sein, er muß wissen, daß ihm eine eheliche Pflicht obliegt. Damit lösen sich auch die Fälle, bei denen der allein das Kraftfahrzeug führende Ehegatte den Partner unerkannt als Fußgänger angefahren und verletzt hat[81]. Hier war wohl die Pflicht zum Schutze von Eigen-

---

80) So Weimar, MDR 1959, 177; Wilts, VersR 1964, 458; Steingaß, VersR 1965, 552;

81) Diese Frage wird von Böhmer, MDR 1963, 885 und Wilts, VersR 1967, 107 erörtert. Nach Böhmer besteht zwischen den Fällen, in denen die Ehefrau unerkannt als Fußgängerin angefahren wird und denjenigen, in denen sie als Beifahrerin eine Körperverletzung erleidet, kein Unterschied.

tum und Gesundheit des Ehegatten latent vorhanden, sie hatte sich aber noch nicht konkretisiert. Diese Konkretisierung ist für § 1359 BGB, der ja vor allem eine Handlungsnorm ist und dem Ehepartner sagt, wie er seine Pflichten im ehelichen Verhältnis zu erfüllen hat, erforderlich. Der Ehegatte hat also in diesem Fall dem verletzten Partner für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzustehen. Eine andere Frage ist, ob sich in derartigen Fällen nicht aus der Schrankenfunktion des § 1353 BGB ergibt, daß der verletzte Ehegatte von seiner Ersatzforderung Abstand nimmt oder sich auf einen der Ehe entsprechenden Ausgleichsmechanismus verweisen lassen muß.

Schwieriger ist die Abgrenzung bei Rechtsgeschäften zwischen Ehegatten. Schwierig schon deshalb, weil nicht immer klar ist, ob überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt oder ob nicht lediglich ein Rechtsverhältnis gegeben ist, das sich als Ausfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft darstellt und keinen schuldrechtlichen Regeln unterliegt. Liegt wirklich einmal ein Vertragsverhältnis zwischen Ehegatten vor, so ist zu untersuchen, inwieweit die enge Personenbeziehung auch dieses Schuldverhältnis beeinflußt bzw. nach der Sachgesetzlichkeit des jeweiligen Schuldverhältnisses beeinflussen kann[82]. Ist das Rechtsverhältnis weitgehend von der Ehe abstrahiert, wird ein von der ehelichen Beziehung unabhängiger Zweck verfolgt und läßt sich ein etwaiger Schaden nicht durch das Unterhaltsrecht oder gemeinsame Anstrengungen abfangen, insbesondere dann, wenn auf seiten des geschädigten Ehepartners noch ein dritter Vertragspartner beteiligt ist, muß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten werden.

Ebenfalls nicht mit § 1359 BGB zu lösen ist der schon er-

---

82) Darauf, daß sich auch vertragliche Beziehungen zwischen den Ehepartnern als Bestätigung der ehelichen Lebensgemeinschaft darstellen, weisen Kremer, FamRZ 1954, 186 (187); Gernhuber, FamRZ 1958, 245; Braga, FamRZ 1960, 457; Hanisch, NJW 1963, 1037; Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis II, S. 378, Festschrift für Nipperdey, S. 636, hin.

wähnte "Familienschmuckfall"[83]. Wenn das Reichsgericht die Anwendung des § 1359 BGB verneint, so ist das zutreffend, aber nicht deshalb, weil Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht unter § 1359 BGB fallen. Vielmehr handelte es sich hierbei gar nicht um einen Fall des § 1359 BGB. Die Ehefrau trug den ihrem Mann gehörenden Familienschmuck nicht in Erfüllung einer ehelichen Pflicht. Wenn man überhaupt von der Erfüllung einer ehelichen Pflicht sprechen kann, dann seitens des Mannes, der den Schmuck zur Verfügung stellte. Von diesem Gesichtspunkt her ist der Fall auch zu lösen. Nicht die Frau, die den Schmuck verloren hat, kann sich auf § 1359 BGB berufen, sondern es ist zu prüfen, ob nicht die Generalklausel in ihrer Schrankenfunktion eingreift und den Ersatzanspruch des Ehemanns beeinflußt.

---

83) Oben S. 71 f.

4. Abschnitt

Randprobleme, Ausblick

Wie den vorstehenden Untersuchungen zu entnehmen ist, kommt dem § 1359 BGB im ehelichen Verhältnis erhebliche Bedeutung zu. Bedeutung vor allem als Verhaltensnorm, die den Freiheitsraum der Ehegatten in einer menschengerechten und daher auch ehegerechten Weise abgrenzt. Bedeutung aber auch durch die Verweisung auf eherechtliche Ausgleichsmechanismen nach Eintritt eines Verletzungserfolges. Inwieweit diese besondere Form der Schadensregulierung Modifikationen unterworfen sein kann und welche Auswirkungen sie auf mitschädigende Dritte hat, soll nachstehend noch kurz untersucht werden.

I. Die Behandlung der Drittschädigerfälle

Wie dargelegt, hat der Bundesgerichtshof unter Hinweis auf die fehlende Außenwirkung des Haftungsprivilegs dem vom verletzten Ehegatten in Anspruch genommenen Drittschädiger einen Ausgleichsanspruch gegen den schädigenden Ehegatten zugebilligt[1]. Weniger das Ergebnis, die nur anteilsmäßige Belastung des Dritten, als vielmehr die Gewährung eines Ausgleichsanspruches trotz fehlenden Gesamtschuldverhältnisses[2] sowie die Behauptung, das Verkehrsrecht erfordere eine haftungsrechtliche Gleichbehandlung der Verkehrsteilnehmer[3],

---

1) Näher oben 1. Abschn. I 2;

2) Vgl. Stoll, FamRZ 1962, 64 (65); Prölss, JuS 1966, 401; Kötz, NJW 1967, 1214 f.; Hoffmann, NJW 1967, 1207;

3) So Stoll, FamRZ 1962, 65, unter Anführung von das Gegenteil beweisenden Beispielen (§ 17 StVG, wenn in einem KFZ ein Beifahrer mitfährt, dem der eine Kraftfahrer wegen § 8 a StVG nicht haftet; § 839 I 2 BGB, §§ 898, 899 RVO); vgl. auch Gernhuber, Familienrecht, § 22 I 3 und Prölss, a.a.O.;

hat die Kritiker auf den Plan gerufen.

Beiden Seiten, sowohl der Dogmatik des Gesamtschuldverhältnisses als auch dem als berechtigt anerkannten Interesse des Dritten, nur seinem Verursachungsbeitrag gemäß in Anspruch genommen zu werden, versucht eine neuere Ansicht gerecht zu werden. Unter Kürzung des dem geschädigten Ehepartners zustehenden Anspruchs um den Schadensanteil des Gatten kommt sie zu einer lediglich dem Verursachungsbeitrag entsprechenden Belastung des Dritten[4].

Ausgegangen wird dabei zum Teil von der Überlegung, mit der Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses werde lediglich der Zweck verfolgt, dem Geschädigten die Bestimmung der Verantwortungsbeiträge der Schädiger und damit das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des anderen Schädigers abzunehmen. Wenn aber einem der Schädiger von vornherein die Tragung des Haftungsbeitrages abgenommen sei, könne ihm auch nicht die Haftung für das Ganze auferlegt werden. Das hätte dann zur Folge, daß auch der Zweitschädiger nicht mehr mit dem gesamten Schaden belastet werden könne. Der nicht privilegierte Schädiger hafte nur unter Ausklammerung des Verantwortungsbeitrages Privilegierten[5].

Zum andern wird auf die Konsequenzen der vom BGH vertretenen Auffassung hingewiesen. Auf dem Umweg über die Ausgleichspflicht würde der durch Gesetz privilegierte und ausdrücklich vom Schadensausgleich befreite Ehemann doch noch zum Schadens-

---

4) Vgl. oben, S. 7 FN 10; in Verbindung mit § 1359 BGB taucht dieser Gedanke erstmals bei Carl, JW 1938, 2357 auf. Zum vertraglichen Haftungsausschluß unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung ähnlich schon Stoll, FamRZ 1962, 66;

5) So Keuk, AcP 168, 188 f.; Prölss, JuS 1966, 400;

ersatz herangezogen, was der Intention des Gesetzes widerspreche[6].

Beide Male wird bei zutreffendem Ergebnis nur jeweils ein Teilproblem behandelt. Mit der Ablehnung eines Gesamtschuldverhältnisses kann nur begründet werden, daß der schädigende Ehepartner nicht ersatzpflichtig ist und dem Drittschädiger kein Ausgleichsanspruch zusteht. Nicht begründet werden kann, warum der Drittschädiger nur den seinem Verursachungsbeitrag entsprechenden Schadensanteil zu tragen hat.

Im deutschen Schadensrecht gilt der Alles-oder-Nichtsgrundsatz d. h. der Umfang des zu ersetzenden Schadens ist sowohl von Art und Schwere des Verschuldens als auch von den Verursachungsbeiträgen anderer Schädiger unabhängig; der verantwortliche Schädiger kann immer nur die Abrechnung des Verantwortungsbeitrages des Geschädigten, nicht aber die Abrechnung des Anteils des anderen Schädigers fordern[7]. Sofern ein solcher Verantwortungsbeitrag des Geschädigten nicht vorliegt, müssen andere Anhaltspunkte gegeben sein, die es ermöglichen, nur auf den Tatbeitrag des Schädigers abzustellen.

Auch das Argument, durch die Lösung des BGH hafte der Ehegatte am Ende doch, kann nur zur Rechtfertigung der Freistellung des Ehegatten, nicht aber zur Reduktion des vom Drittschädiger zu leistenden Ersatzes beitragen. Bei der Lösung muß vielmehr auf den mit § 1359 BGB verfolgten Sinn und Zweck abgestellt werden.

Mit § 1359 BGB soll den Ehepartnern ein Spielraum gewährt werden, der ihnen in ihrem gegenseitigen Verhältnis größere Freiheit zur Entfaltung eines ihrer Persönlichkeit gemäßen Verhaltens läßt. Dieser Erweiterung des Freiheitsspielraums

---

6) So insbesondere Larenz, Schuldrecht II, S. 461;

7) Dazu und speziell zum vorliegenden Problem, Stoll, FamRZ 1962, 65; Prölss, Jus 1966, 402;

entspricht gleichzeitig eine Duldungspflicht; ein der Eigensorgfalt gemäßes Verhalten muß vom anderen Partner jeweils hingenommen werden. Aus dieser Duldungspflicht vor dem Schadensereignis folgt nach Eintritt eines solchen der Ausschluß der schuldrechtlichen Schadensregulierung; diese wird durch eine dem Wesen der Ehe entsprechende familieninterne Regelung ersetzt. Das bedeutet aber nicht in allen Fällen, daß der schädigende Ehegatte ganz befreit wird. Eine familieninterne Schadensregulierung kann je nach den finanziellen und sonstigen Möglichkeiten der Ehepartner sowohl den schädigenden als auch den geschädigten Ehegatten belasten oder zu gemeinsamen Anstrengungen bzw. Einschränkungen des Lebensstandards führen. Auf diese Duldungspflicht des geschädigten Ehegatten und seine Verweisung auf den eheinternen Ausgleich ist abzustellen. Mit dem § 1359 BGB wurde vom Gesetzgeber eine grundsätzliche Entscheidung für eine genossenschaftliche Schadensregulierung getroffen. Diese genossenschaftliche Regelung muß auch gelten, wenn Dritte beteiligt sind, so daß dem verletzten Ehegatten in Höhe des Verursachungsbeitrages des Partners kein nach schuldrechtlichen Gesichtspunkten zu ersetzender Schaden entstanden ist[8].

II. Versicherungsrechtliche Aspekte.

Einwendungen bezüglich des gefundenen Ergebnisses könnten sich noch aus der Tatsache ergeben, daß der schädigende Ehegatte gegen derartige Schadensfälle versichert ist[9]. Obwohl ein Großteil der möglichen Fälle schon von § 11 Ziff. 4 AKB erfaßt wird, bleiben noch immer genügend Fälle, bei denen der Haftungsausschluß unbillig wirkt. Unbillig vor allem deshalb, weil, wie angeführt[10], der Schaden eheintern zu regeln ist und

---

8) So im Ergebnis auch Keuk, AcP 168, 188 f.;

9) Darauf hat Böhmer, MDR 1959, 816 hingewiesen.

10) Oben I;

durchaus zu einer Belastung des schädigenden Ehepartners führen kann. Dann müßte dieser zusätzlich zu den für diesen Risikofall entrichteten Prämien weitere Nachteile in Kauf nehmen, die durch die Prämienzahlung eigentlich ausgeschlossen werden sollten.

Hier kann der in BGHZ 27, 62 f. sowie in den Entscheidungen im 41. und 43. Band vom BGH[11] angesprochene Rechtsgedanke zu einer sachgerechten Lösung führen. Der BGH geht hier vor allem von einem Schutz der Familienbelange aus und stellt darauf ab, daß eine Belastung des Versicherten vermieden werden sollte. Eine derartige Belastung könnte auch in den Fällen des § 1359 BGB eintreten, so daß die Versicherung aus "Pietätsgründen" für den Schaden aufzukommen hat[12].

III. Ausblick

Die dogmatisch und systematisch konsequente Durchführung des Haftungsprivilegs hat somit sowohl ein dem Wesen der Ehe entsprechendes, als auch die Belange Dritter nicht unbillig berührendes Ergebnis gebracht. Daher erscheinen die Forderungen, die eine Abschaffung der diligentia quam in suis verlangen, im Hinblick auf § 1359 BGB verfrüht, da sich mit dieser Norm praktikable und ehegerechte Ergebnisse erzielen lassen und zudem das in jüngster Zeit heftig diskutierte Alles-oder-Nichts-prinzip wenigstens teilweise aufgelockert wird.

Was die anderen Fälle der diligentia quam in suis, insbesondere die Haftungsmilderung zwischen Gesellschaftern und im Eltern-Kindverhältnis anbelangt, so ist hier eine kritische

---

11) BGHZ 41, 79 (82); 43, 72;

12) Staudinger-Hübner, Vor § 1353 Anm. 30, der ebenfalls auf diese Möglichkeit hinweist.

Betrachtungsweise eher angebracht[13], hat doch die heutige Gesellschaft mit der Familiengesellschaft des römischen Rechts, für die die diligentia quam in suis gemünzt und bei der das heute noch zwischen Ehegatten bestehende enge Verhältnis vorhanden war, nichts mehr gemein[14]. In den meisten Fällen, so insbesondere bei den gemeinsamen Kraftfahrzeugfahrten, erfolgt keine Ersetzung der Vertrauensbasis durch eine Treuebasis[15].

Ebenso erscheint die Regelung des § 1664 BGB bedenklich, fehlt doch im Verhältnis von Eltern und Kind die in § 1359 BGB gegebene Gegenseitigkeit der Privilegierung; ferner besteht ein viel größeres Abhängigkeitsverhältnis[16].

Mit der von Hoffmann[17] bezüglich all dieser Fälle vorgeschlagenen Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit scheint für § 1359 BGB nichts gewonnen. Allgemein leicht fahrlässiges Verhalten bei Erfüllung ehelichen Pflichten auszuklammern, obwohl die eigenen Angelegenheiten immer mit peinlichster Sorgfalt behandelt werden, läuft dem Eheverständnis und sittlichen Empfinden in stärkerem Maße zuwider als eine Berufung auf das in eigenen Angelegenheiten geübte sorglose Verhalten.

---

13) Kritisch Böhmer, VersR 1960, 943; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lausaulx, § 708 Anm 1; Hueck, OHG § 9 IV FN 10; Hoffmann, NJW 1967, 1209; Deutsch, JuS 1967, 496, 497; BGHZ 46, 313;

14) Dazu näher von Mutzenbecher, Beiträge, S. 65 f.;

15) Zutreffend Deutsch, a.a.O.;

16) Vgl. die kritischen Ausführungen von Gernhuber, Familienrecht, S. 507; Beitzke, Familienrecht, S. 169;

17) A.a.O.;

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 24.1.1941 in Saitz/Nikolsburg, CSR, als Sohn des im Jahre 1945 verstorbenen Landwirts Otto Tatzel und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Horak. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Volksschule besuchte ich vom Jahre 1947 bis zum Jahre 1952 in Heiningen Krs. Göppingen. Nach einer daran anschließenden sechsjährigen Mittelschulausbildung in Göppingen trat ich im Jahre 1958 in das Hohenstaufengymnasium Göppingen ein, wo ich am 2.3.1962 die Reifeprüfung ablegte.

Im SS 1962 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Volkswirtschaftslehre. Nach dem Wechsel des Studienfachs studierte ich ab WS 1962/63 an derselben Universität neun Semester Rechtswissenschaft.

Am 31.5.1967 habe ich die Erste jur. Staatsprüfung bestanden und befinde mich seit Juli 1967 im jur. Vorbereitungsdienst des Landes Baden Württemberg.